

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**  
**FACULTAD DE DERECHO**



**TESIS DOCTORAL**

Delimitación de la responsabilidad penal médico-sanitaria en el trabajo de equipo

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Juan Pablo Salazar Montero

DIRECTOR

Manuel Ollé Sesé

Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**

**FACULTAD DE DERECHO**

Departamento de Derecho Penal



**DELIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL  
MÉDICO-SANITARIA EN EL TRABAJO DE EQUIPO**

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO**

Presentada por:

**JUAN PABLO SALAZAR MONTERO**

Dirigida por:

**DR. D. MANUEL OLLÉ SESÉ**

**DR. D. JAVIER SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES**

Madrid-España



**DELIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL MÉDICO-SANITARIA EN EL  
TRABAJO DE EQUIPO**

Tesis presentada para la obtención del título de Doctor en Derecho

Realizada por D. JUAN PABLO SALAZAR MONTERO

Dirigida por DR. D. MANUEL OLLÉ SESÉ y DR. D. JAVIER SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES



*A Washington Sigifredo y Nelly Piedad, padres incondicionales;  
y, Washington Javier y Paola Belén, hermanos buenos.*

## ***A propósito...***

"La profesión médica, como la sanitaria en general, constituye una de las más fértiles en problemas de todo género notablemente en lo que respecta a la culpa, de la máxima dificultad; ello es debido, en primer término, al propio carácter de dicha ciencia, inexacta por definición, en que tantos y varios factores, ciertamente imprevisibles, entran en juego; sobre todo por lo que la Medicina tiene de colaboración con la naturaleza, expresada en el famoso brocardo aristotélico "*medicus curat, natura sanat morbus*" eso sin contar con la parte que corresponde al azar en la curación, según el paralelo proverbio cervantino de "Dios da la llaga y la Medicina"; en éstas condiciones, cuando tantos e incontrolables factores se entrecruzan en el binomio enfermedad-curación la dificultad de decidir cuál ha sido el determinante del daño que se pretende incriminar, frisa en la imposibilidad en la mayoría de los casos. En efecto, juzgar si la maniobra de un chofer ha sido imperita y determinante del accidente, o si el cálculo de resistencia de materiales de un puente resultó errado, ocasionando su hundimiento, son cuestiones que apenas ofrecen portillo alguno a la duda; en cambio, decidir si el diagnóstico de un médico fue equivocado o si la operación se llevó a cabo con toda la diligencia y pericia debidas, resulta las más de las veces imposible, al menos en el grado de certidumbre que una condena criminal requiere, lo cual hace buen aquél festivo juicio de Montaigne sobre el feliz oficio de los galenos "cuyos éxitos alumbró la luz del sol y cuyos fracasos encubre para siempre la tierra"<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> GALÁN CÁCERES, J.: Medicina y responsabilidad legal. Medicina y derecho, dos mundos en convergencia, 1.<sup>a</sup> edición, Ed. el autor, Badajoz. 2014, p. 192.

## ÍNDICE

<b>ABREVIATURAS Y SIGLAS</b> .....	<b>11</b>
<b>RESUMEN</b> .....	<b>15</b>
<b>ABSTRACT</b> .....	<b>17</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA DESTACADA</b> .....	<b>19</b>
<b>Introducción</b> .....	<b>26</b>

### CAPÍTULO I

#### I. ASPECTOS QUE INCIDEN EN LA CONFIGURACIÓN DEL CONCEPTO DE IMPRUDENCIA SANITARIA

<b>1. La imprudencia y su evolución</b> .....	<b>38</b>
<b>2. Aproximación al concepto de imprudencia</b> .....	<b>41</b>
<b>3. Elementos que inciden en la determinación de la imprudencia en la profesión sanitaria</b> .....	<b>46</b>
3.2. El deber de cuidado .....	51
3.2.1. Deber objetivo y subjetivo de cuidado .....	53
3.2.2. Posiciones objetivas del deber de cuidado .....	56
3.2.3. Posiciones subjetivas del deber de cuidado .....	59
3.2.4. Posiciones intermedias del deber de cuidado.....	62
3.3. La <i>lex artis</i> .....	67
3.3.1. El estándar médico .....	73
3.3.2. Tendencia a una <i>lex artis ad-hoc</i> .....	75
3.3.3. Contenido práctico de la <i>lex artis</i> .....	88
3.3.4. Valor jurídico-penal de las reglas de cuidado .....	91
3.3.5. Valor de la <i>lex artis</i> como norma no jurídica .....	98
3.3.6. Graduación de la imprudencia .....	105

### CAPÍTULO II

#### II. RESPONSABILIDAD PENAL POR IMPRUDENCIA MÉDICO-SANITARIA EN EL TRABAJO DE EQUIPO

<b>1. El principio de división funcional del trabajo .....</b>	<b>126</b>
1.1. División horizontal del trabajo .....	133
1.2. División vertical del trabajo.....	136
1.2.1. Delegación del trabajo .....	137
<b>2. El principio de confianza .....</b>	<b>144</b>
2.1. Antecedentes .....	144
2.2. El principio de confianza en el ámbito médico-sanitario.....	148
2.3. La transposición del principio de confianza del tráfico viario al ámbito médico: criterios de incompatibilidad .....	151
2.4. El principio de confianza en la división horizontal del trabajo .....	156
2.4.1. La previsibilidad como indicio de la caída del principio de confianza .....	164
2.5. El principio de confianza en la división vertical del trabajo.....	168
2.5.1. Deberes de vigilancia, control o supervisión.....	169
2.5.2. Deberes de selección, instrucción y coordinación .....	171
<b>3. La prohibición de regreso en la actividad médico-sanitaria .....</b>	<b>175</b>
3.1. La prohibición de regreso en el delito imprudente.....	175
3.2. La prohibición de regreso en la división vertical del trabajo .....	178
3.3. La prohibición de regreso en la división horizontal del trabajo.....	182
3.3.1. El médico como garante .....	185

### CAPÍTULO III

## III. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN IMPRUDENTE EN LA ACTIVIDAD MÉDICO-SANITARIA

<b>1. Posicionamiento de la doctrina especializada en derecho penal médico .....</b>	<b>189</b>
1.1. Concepto unitario de autor .....	194
1.1.1. Críticas al concepto unitario de autor.....	195
1.2. Concepto extensivo de autor.....	196
1.2.1. Teorías objetivas.....	198
1.2.2. Teorías subjetivas.....	198
1.3. Concepto restrictivo de autor .....	201
1.3.1. Teoría objetivo-formal .....	203

1.3.2. Teoría objetivo-material .....	207
1.4. La autoría imprudente como cuestión de imputación objetiva a partir de la concepción de ROXIN: Dominio del hecho .....	209
1.5. La teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho .....	212
1.5.1. Críticas a la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho .....	214
1.6. La autoría conforme la teoría de la competencia sobre la fuente de peligro .....	218
1.7. El concepto autor en el Código penal español.....	229
<b>2. La coautoría imprudente en el ámbito médico .....</b>	<b>239</b>
2.1. Conceptualización de la coautoría .....	241
2.2. El principio de división de trabajo y la coautoría imprudente en el ámbito médico-sanitario.....	243
2.2.1. La teoría de RUÍZ ANTÓN.....	244
2.2.2. La teoría de ROXIN (dominio funcional del hecho).....	246
2.2.3. La teoría de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO.....	249
2.3. La coautoría imprudente vista desde la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho .....	251
2.3.1. Requisito objetivo: la co-determinación del hecho.....	252
2.3.2. Requisito subjetivo: el acuerdo o plan común.....	254
2.4. La autoría accesoria imprudente y su adaptabilidad a la coautoría: criterio utilizado para la atribución del hecho a los intervinientes.....	256
2.5. El acuerdo como elemento diferenciador entre la coautoría y la autoría accesoria imprudente.....	262
2.5.1. Contenido, forma y momento del acuerdo .....	264
<b>3. La autoría mediata en el delito imprudente.....</b>	<b>275</b>
3.1. La incidencia de la autoría mediata en el ámbito médico-sanitario.....	281
3.2. La autoría mediata y su estructura.....	283
3.2.1. Autoría mediata por dominio de voluntad mediante coacción.....	285
3.2.2. Autoría mediata por dominio de voluntad mediante error .....	286

## CAPÍTULO IV

### IV. LA DENEGACIÓN DE ASISTENCIA SANITARIA: ARTÍCULO 196 DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

<b>1. Antecedentes</b> .....	<b>300</b>
<b>2. Bien jurídico protegido</b> .....	<b>301</b>
<b>3. Sujeto activo y pasivo del delito de denegación de asistencia sanitaria</b> .....	<b>305</b>
3.1. Sujeto activo.....	305
3.1.1. Referencia al término profesional .....	305
3.1.2. Alcance de la fórmula estando obligado a ello.....	311
3.2. Sujeto pasivo.....	320
3.3. Conducta típica .....	321
2.3.1. Requerimiento expreso de la asistencia sanitaria.....	322
<b>4. Ponderación de la gravedad de la situación previa a la prestación de asistencia sanitaria</b> .....	<b>325</b>
<b>5. Capacidad personal para prestar la asistencia requerida</b> .....	<b>328</b>
4.2. Conducta alternativa a la solicitud de asistencia sanitaria .....	330
<b>6. La cláusula del riesgo grave para la salud de las personas</b> .....	<b>333</b>
5.1. La obligación de asistencia sanitaria frente a la imposibilidad de modificación del riesgo para la salud .....	336
5.2. La imposibilidad de agravación del riesgo y su incidencia en la configuración de la denegación de asistencia sanitaria .....	339
<b>7. Elemento subjetivo: denegación dolosa de la asistencia sanitaria</b> .....	<b>343</b>
<b>8. Penalidad: artículo 196 y artículo 195 del Código penal</b> .....	<b>346</b>
<b>9. Posible concurso con otras figuras delictivas</b> .....	<b>351</b>
8.1. Concurso de leyes del artículo 196 con el artículo 412.3 del Código penal .....	352
8.2. Concurso del artículo 196 en relación al artículo 511.3 del Código penal .....	354
8.3. Relación del artículo 196 del Código penal con el delito de homicidio y lesiones.....	356
8.3.1. El rol social como fundamento de la posición de garantía .....	363
8.3.2. La posición de garante devenida del <i>rol</i> persona .....	366
8.3.3. La asunción como fuente de la posición de garante.....	368
<b>10. Consideraciones para justificar la falta de asistencia sanitaria</b> .....	<b>372</b>

<b>CONCLUSIONES</b> .....	<b>380</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>391</b>
<b>NORMATIVA DE REFERENCIA</b> .....	<b>413</b>
<b>JURISPRUDENCIA UTILIZADA POR TEMAS</b> .....	<b>416</b>



## ABREVIATURAS Y SIGLAS

AAP	Auto de la Audiencia Provincial
<i>ADP</i>	<i>Anuario de Derecho Penal</i>
<i>ADPCP</i>	<i>Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales</i>
<i>AFDUA</i>	<i>Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá</i> (cit. por vol. y año)
art., arts.	artículo, artículos
ATS	Asistente Técnico Sanitario
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i> (Tribunal Supremo Federal de Alemania)
cap.	capítulo
cit.	citado (a) / citando a
cfr.	confróntese
col.	colaborado por, colaborador (es)
coord.	coordinador (es)
CC	Código Civil
CP	Código Penal
<i>CPC</i>	<i>Cuadernos de Política Criminal</i>
dir.	dirigida por, director (es)
ed.	edición
<i>et. al.</i>	<i>et alteri</i> (lat.: y otros)

## ABREVIATURAS Y SIGLAS

Ed.	Editorial
<i>ibíd</i>	mismo autor, misma obra y diferente página ( <i>referencial</i> )
<i>ídem</i>	mismo autor, obra y página ( <i>referencial</i> )
LO	Ley Orgánica
MIR	Médico Interno Residente
núm.	Número
n.	nota (marginal / a pie de página)
ob. cit.	obra citada
PCP	Proyecto al Código Penal
<i>PE</i>	<i>Parte Especial</i>
<i>PG</i>	<i>Parte General</i>
<i>PJ</i>	<i>Poder Judicial</i> (revista, cit. por núm. y año)
Pte.	Ponente
p., pp.	página / páginas
<i>RDS</i>	<i>Revista de Derecho Social</i>
<i>RDPCr.</i>	<i>Revista de Derecho Penal y Criminología</i> (cit. por núm. y año)
<i>RDCir.</i>	<i>Revista de Derecho de la Circulación</i> (cit. por año)
<i>REJ</i>	<i>Revista de Estudios de la Justicia</i> (cit. por núm. y año)
<i>RFICP</i>	<i>Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales</i>
RG	<i>Reichsgericht</i> (Tribunal Supremo del Reich)

<i>RJ</i>	<i>Repertorio de Jurisprudencia.</i> Sentencias y autos del Tribunal Supremo (base de datos online de Aranzadi westlaw.es)
<i>ROJ</i>	<i>Repositorio Oficial Jurisprudencial</i> (base de datos online del Centro de Documentación Judicial)
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
<i>scil.</i>	<i>scilicet</i> (lat.: es decir, se refiere a)
<i>sic</i>	lat.: así (literalmente)
SJP	Sentencia Juzgado de lo Penal
s., ss.	siguiente, siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TS	Tribunal Supremo
t.	tomo
trad.	Traducido por
<i>v. gr.</i>	<i>verbi gracia</i> (lat.: o sea; por ejemplo)
<i>vid.</i>	<i>vide</i> (latín.: véase)
vol.	volumen



# DELIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL MÉDICO-SANITARIA EN EL TRABAJO DE EQUIPO

## RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene como objeto delimitar la responsabilidad penal en el ámbito médico-sanitario abordando la modalidad imprudente (en la que se subsumen la gran mayoría de las conductas en esta actividad) sin desmerecer el tipo doloso desde el cual se analiza la denegación de asistencia sanitaria (artículo 196 del Código penal español). Con este propósito, el trabajo de investigación que se presenta se halla dividido en cuatro capítulos, con los que se intenta dar respuesta a cuestiones concretas en procura de conseguir una imputación jurídico-penal más eficiente acorde con los principios básicos de un Derecho Penal propio de un Estado de Derecho.

Así las cosas, en el *Capítulo I*, el trabajo de investigación destaca las características más relevantes del tipo imprudente acotando el deber de cuidado y estableciendo en qué consiste la *lex artis* médica como figura trascendente en la determinación de la responsabilidad penal.

Posteriormente, el *Capítulo II*, establece los parámetros para delimitar la responsabilidad penal médico-sanitaria en el trabajo en equipo. Para tal cometido se hace uso del principio de división funcional de trabajo, principio de confianza y del principio de prohibición de regreso como subinstitutos de la imputación objetiva, aplicándolos a casos prácticos en el quehacer médico-sanitario.

Un tema de intenso debate en la doctrina y poco profundizado en la jurisprudencia, es el que se examina en el *Capítulo III*, en relación a la autoría y participación imprudente en el ámbito médico-sanitario, conforme el grado de aportación de cada interviniente en el resultado; adoptando un concepto

## RESUMEN

extensivo de autor con base en la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho.

Finalmente, el *Capítulo IV*, en cuanto al dolo, analiza las circunstancias y los requerimientos para calificar una conducta como denegación de asistencia sanitaria. Así, se evita extender de manera exagerada el ámbito de punición de la norma penal cuando la conducta del profesional sanitario, resulte ser atípica o simplemente sea punible a través otro tipo penal, cuando se lleve a cabo en grupo y de manera interdependiente.

## MEDICAL-SANITARY CRIMINAL LIABILITY DELIMITATION IN TEAMWORK

### ABSTRACT

The purpose of this research work is to set the limits of criminal liability in the medical-healthcare field by addressing the reckless modality (the one with more cases) without forgetting crimes doing with intent, where the denial of health care is analyzed (article 196 of the Spanish Criminal Code). To this end, this research has four chapters, which attempt to answer specific questions that seek to achieve a more efficient legal-penal imputation under the basic principles of Criminal Law that are usual in a State under the Rule of Law.

In *Chapter I*, this research highlights the most relevant characteristics of recklessness, delimiting the duty of care and establishing the concept of medical *lex artis* as a fundamental figure in the determination of criminal liability.

Subsequently, *Chapter II* establishes parameters to set limits for the liability on the medical-health crimes made in teamwork. For this purpose, the principles of division of work, trust, and prohibition of return are sub-institutes of objective imputation, applying them to practical cases in medical-health work.

*Chapter III* examines the authorship and reckless participation in the medical-health field, according to the level of contribution of each participant in the result. This topic is highly debated for scholars and has scarce development in case law. This chapter concludes with an extensive concept of authorship based on the theory of the objective and positive determination of the conduct.

Finally, *Chapter IV* focuses on the area of intention. This final chapter analyzes the circumstances and requirements to qualify conduct as a denial of health care, without exaggerating the scope of punishment when the conduct of the health professional turns out to be atypical or may be punishable by other criminal offense, especially, when this activity is carried out in groups and interdependently.



## BIBLIOGRAFÍA DESTACADA

### Parte general, entre otros:

- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: Principios del Derecho penal. *PG*, 5ª edición, Ed. Akal/lure, Madrid, 1998.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZABAL MALARÉE, Hernán: Lecciones de Derecho Penal. *PG*, Ed. Trotta, Madrid. 2006.
- CEREZO MIR, José: Derecho Penal. *PG.*, 2.ª edición, Ed. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2000.
- CHOCLÁN MONTALVO, José: Deber de cuidado y delito imprudente, Ed. Bosch, Barcelona. 1998.
- COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás: Derecho Penal. *PG.*, 5.ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 1999.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu: El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado, Ed. Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona. 1989.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo: Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del «fin de protección de la norma de cuidado» Ed. J.M. Bosch, Barcelona. 2001.
- FRISCH, Wolfgang: Comportamiento típico e imputación del resultado, trad. de la edición alemana por CUELLO CONTRERAS, Joaquín y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2004.

#### BIBLIOGRAFÍA DESTACADA

- JAKOBS, Günther: Derecho Penal. *PG*, trad. CUELLO CONTRERAS, Joaquín y GONZÁLEZ DE MURILLO, José, 2.<sup>a</sup> edición, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid. 1995.
- JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas: Tratado de Derecho Penal. *PG*, trad. OLMEDO CARDENETE, Miguel, 5.<sup>a</sup> edición, Ed. Comares, Granada. 2002.
- LUZÓN PEÑA, Diego: Lecciones de Derecho penal. *PG*, 3.<sup>a</sup> edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2016.
- MAURACH, Reinhart, GÖSSEL, Karl y ZIPF, Heinz: Derecho Penal. *PG*, 2, trad. de la 7.<sup>a</sup> edición alemana por BOFILL GENZSCH, Jorge, Ed. Astrea, Buenos Aires. 1995.
- MARAVER GÓMEZ, Mario: El principio de confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva, Ed. Civitas, Pamplona. 2009.
- MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José: La imprudencia punible en la profesión sanitaria según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Ed. Colex, Madrid 1985.
- MIR PUIG, Santiago: Derecho penal. *PG*, 10.<sup>a</sup> edición, Ed. Reppertor, Barcelona. 2015.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: Teoría general del delito, Ed. Tirant lo Blanch, 4.<sup>a</sup> edición, Valencia. 2007.
- PIÑA ROCHEFORT, Juan: Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del Derecho penal, Ed. Bosch, Barcelona, 2005.

- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio: Derecho penal de la culpa, Ed. Bosch, Barcelona. 1958.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo: Derecho Penal. *PG.*, Ed. Civitas, Madrid. 1977.
- ROMEO CASABONA, C.: “El tipo del delito de acción imprudente”, en SOLA RECHE, Esteban y BOLDOVA PASAMAR, Miguel (coord.), *Derecho Penal. PG.*, 2.<sup>a</sup> edición, Ed. Comares, Granada. 2016.
- ROXIN, Claus: Derecho Penal. *PG*, t. I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito, trad. de la 2.<sup>a</sup> edición alemana y notas por LUZÓN PEÑA, Diego, GARCÍA CONLLEDO, Miguel Díaz y DE VICENTE REMESAL, Javier, Ed. Civitas, Madrid. 1997.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier: “Blanqueo de capitales y abogacía”, en *Revista InDret*, Enero\_2008, Barcelona.
- SCHÜNEMANN, Bernd: “Problemas dogmáticos del concepto jurídico indeterminado «Reglas de la técnica»”, en *ADP*, núm. 47, 1994.
- STRATENWERTH, Günter: Derecho Penal. *PG I*. El hecho punible, trad. CANCIO MELIA, Manuel y SANCINETTI, MARCELO A., Ed. Thomson-Civitas, Madrid. 2005.
- TERRAGNI, Marco: El delito culposo, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe-Argentina, 1984.
- TORIO LÓPEZ, Ángel: “El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos”, en *ADPCP*, t. 27, enero, 1974, pp. 25-60.

#### BIBLIOGRAFÍA DESTACADA

- WELZEL, Hans: Derecho Penal Alemán, 4.<sup>a</sup> edición en español, traducción del alemán por BUSTOS RAMÍREZ, Juan y YÁNEZ PÉREZ, Sergio, Ed. Jurídica de Chile, Chile. 2002.

#### **Delimitación de responsabilidad médico-sanitaria, entre otros:**

- ALMELA VICH, Carlos: “La responsabilidad penal del médico y del cirujano”, en *Revista del PJ*, núm. 48, 1997.
- CARBONELL MATEU, Juan: “Omisión del deber de socorro”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 5.<sup>a</sup> edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2016.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: La autoría en Derecho penal. Ed. PPU, Barcelona. 1991.
- FARALDO CABANA, Patricia: “La omisión del profesional sanitario: Los delitos de omisión del deber de socorro y denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios”, en BRANDARIZ GARCÍA, José y FARALDO CABANA, Patricia (coord.), *Responsabilidad penal del Personal Sanitaria*, Ed. netbiblo, Coruña. 2000.
- GARCÍA SANZ, Judit: “Responsabilidad penal por denegación de asistencia sanitaria”, en *Actualidad Penal*, núm. 30, 23 al 29 de julio de 2001.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: Estudios sobre el delito de omisión, Ed. B de F, Montevideo–Buenos Aires. 2013.
- GÓMEZ PAVÓN, Pilar: Tratamientos médicos: Su responsabilidad penal y civil, 3.<sup>a</sup> edición, Ed. Bosch, Madrid. 2013.

- GÓMEZ RIVERO, María del Carmen: La responsabilidad Penal del Médico, 2.<sup>a</sup> edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2008.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel: Responsabilidad penal de los profesionales sanitarios: Artículo 196 del Código penal, Ed. Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, D.L., Valladolid. 1999.
- GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando: Intervención delictiva e imprudencia, Ed. Comares, Granada. 2004.
- HAVA GARCÍA, Esther: La imprudencia médica, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2001.
- HERNÁNDEZ PLASENCIA, José: La autoría mediata en Derecho Penal, Ed. Comares, Granada. 1996.
- HUERTA TOCILDO, Susana: Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 1997.
- JORGE BARREIRO, Agustín: La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Ed. Tecnos, Madrid. 1990.
- MORENO-TORRES HERRERA, María: El delito de desatención sanitaria, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2013.
- PUPPE, Ingeborg: "División del trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica" en *Revista InDret*, Octubre\_2006, Barcelona.
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo: "La omisión del deber de socorro", en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y MORALES PRATS, Fermín (coord.), *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en*

#### BIBLIOGRAFÍA DESTACADA

*memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2001.

- PEÑARANDA RAMOS, Enrique: La participación en el delito y el principio de accesoriadad, Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires. 1990.
- RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Virgilio: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012.
- ROMEO CASABONA, Carlos: El Médico y el Derecho Penal, Ed. Bosch, t. I, Barcelona. 1981.
- ROSO CAÑADILLAS, Raquel: Autoría y participación imprudente, Ed. Comares, Granada, 2002.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier: “Sobre la figura de la autoría mediata y su tan sólo fenomenológica «trascendencia»”, en *ADPCP*, 1998.
  - SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier: El denominado “delito de propia mano”, Ed. Dykinson S.L., Madrid. 2004.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús: Medicinas alternativas e imprudencia médica, Ed. Bosch, Barcelona. 1999.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús: “La responsabilidad penal del médico por omisión”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 1987, pp. 955-966.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús: “La responsabilidad penal por contagio hospitalario”, en *Revista de Derecho y Salud*, vol. 8, núm. 1, 2000.

#### DELIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL MÉDICO-SANITARIA

- SILVA SÁNCHEZ, Juan, GUANES NICOLI, Manuel y BALBUENA PÉREZ, David: Responsabilidad penal por mala praxis médica, Ed. Marben, Asunción- Paraguay. 2016.
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina: Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales, Ed. Aranzadi, Navarra. 2003.

# DELIMITACIÓN DE LA REPOSABILIDAD PENAL MÉDICO-SANITARIA EN EL TRABAJO DE EQUIPO

## Introducción

No es nueva la dificultad que representa establecer los presupuestos como límites a las conductas descuidadas contrarias a Derecho, máxime que en la actividad médica pueden confluír varios comportamientos. En este sentido la doctrina ha tratado de ofrecer posibles soluciones a esta problemática que por su propia naturaleza resulta un verdadero entresijo su total resolución; no pudiendo ser la excepción el presente trabajo. Empero, no por esto ha dejado de ser un tema que merece su tratamiento en aras de esclarecer por lo menos el estado de la cuestión a la luz de preceptos poco diáfanos, direccionando al juzgador a peligrosas elaboraciones analógicas con un claro riesgo de arbitrariedad nada menos que en sede de tipicidad<sup>2</sup>.

## Objeto, problemática de investigación y justificación

La Medicina ha evolucionado a pasos agigantados, de ser considerada como una actividad mágica y divina<sup>3</sup> ha pasado a ser pensada como una profesión liberal eminentemente técnica y científica<sup>4</sup> donde el síntoma es percibido como lo que es, y no como una manifestación de impureza moral<sup>5</sup>. Junto a este factor el desarrollo socio-cultural de la población<sup>6</sup> demanda cada

---

<sup>2</sup> ZAFFARONI, E., [Prólogo] en GIMBERNAT ORDEIG, E.: Estudios sobre el delito de omisión, Ed. B de F, 2ª edición, Montevideo-Buenos Aires. 2013, p. XVIII.

<sup>3</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p. 37.

<sup>4</sup> La actividad médica en la actualidad se caracteriza por un alto grado de especialización, cuya actuación se ajusta a las características más puras del conocimiento humano catalogado como científico y en tal sentido es entendida como ciencia médica, *vid.* GARCÍA HERNÁNDEZ, T., *et. al.*: "Presupuestos jurídicos del acto médico", en *Revista La Ley*, núm. 5, 1998, p. 1493.

<sup>5</sup> En general, cualquier enfermedad era considerada como la consecuencia de un pecado cometido por el paciente o por alguien allegado a él. En otros casos, el origen había que buscarlo en algún encantamiento o en la posesión por un espíritu maligno, *vid.* ARANA, J.: Historias curiosas de la medicina, 3.ª edición, Ed. Espasa Calpe, Madrid. 1995, p. 26.

<sup>6</sup> Es importante destacar la influencia que los códigos jurídicos han tenido debido a la transformación sociológica del enfermo y de las relaciones jurídicas médico-paciente, *vid.* GARCÍA HERNÁNDEZ, T., *et. al.*: "Presupuestos jurídicos del acto médico", en *Revista La Ley*, núm. 5, 1998, p. 1636; en este sentido, RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: "La responsabilidad penal

vez de esta actividad menor margen de error, exigiendo en contra partida mayores garantías en la práctica de este saber humano<sup>7/8</sup>, pues los avances antes referidos han propiciado que este arte propenda cada vez a ser más eficaz. Allende a lo anterior, paradójicamente dicho progreso implica mayores riesgos<sup>9</sup> para el usuario<sup>10</sup> debido al desarrollo de procedimientos más agresivos tomando en consideración lo valioso en juego: la vida y la integridad física<sup>11</sup>. No en vano la medicina es una de las profesiones cuyo ejercicio comporta más que ninguna otra el atentar a la ley penal<sup>12</sup>.

---

médica por homicidio y lesiones imprudentes actualmente en España (artículos 142 y 152 Código penal)", en *Revista La Ley*, núm. 6601, 2006, p. 3 "los ciudadanos son cada vez más exigentes con los servicios que se les prestan en general y en este caso con los servicios médicos. Además son conscientes en mayor medida de los mecanismos de defensa con los que cuentan. Un hecho significativo en este sentido es la proliferación en los últimos años de asociaciones de defensa de los derechos".

<sup>7</sup> HAVA GARCÍA, E.: *La imprudencia médica*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2001, p. 11. Si hace ya más de diez años era un hecho palpable el creciente interés de los ciudadanos por todo lo relacionado con la exigencia de responsabilidades al médico por su actuación negligente, parece que en los últimos tiempos ese interés se ha intensificado en buena medida. En efecto, en la actualidad puede percibirse cómo el hasta hace poco indeterminado y difuso colectivo de usuarios de la sanidad ha decidido «plantarle cara» al personal sanitario, reclamando, de una forma cada vez más organizada y activa, respuestas jurídicas eficaces y contundentes frente a los casos más graves del denominado «error médico».

<sup>8</sup> Se llega a llamar "rebelión de los pacientes", *vid.* RUIZ VADILLO, E.: "La responsabilidad civil y penal de los médicos" en *Revista de Derecho y Salud*, vol. 3, núm. 1, enero-diciembre 1995, p. 87.

<sup>9</sup> *Ibíd.* p.13. Al respecto LORENZETTI, R. cit. en JARAMILLO JARAMILLO, C.: *La culpa y la carga de la prueba en el campo de la responsabilidad médica*, Ed. Olejnik, Santiago-Chile, 2019, p.99, "La primera cuestión que surge es si la medicina, como tal, puede ser calificada como actividad riesgosa [...] Si bien en términos amplios podría señalarse que siempre hay riesgos, la calificación normativa no permite llegar a tal conclusión. La actividad médica no es *per se* riesgosa"; el mismo, p. 97, VALLEJO, F.: "Nada resulta más contrario al ejercicio de la actividad médica", considerar que "constituye actividad peligrosa [...] porque si bien el médico puede prestar sus servicios directamente sobre el cuerpo humano y en su intento de curar al enfermo lo interviene y produce alteraciones, laceraciones y mutilaciones mediante el empleo de medicamentos, instrumentos y procedimientos quirúrgicos, lo hace precisamente para restablecer la salud del paciente, para aliviar los padecimientos en que consiste su dolencia, para curar el mal que lo aqueja, en fin, para conjurar un estado de cosas perjudicial [...] Por lo expresado, el ejercicio de la actividad médica no es una actividad peligrosa".

<sup>10</sup> ROMEO CASABONA, C.: *Evolución del tratamiento jurídico-penal de la imprudencia del personal médico-sanitario*, en *revista jurídica de Castilla y León*, núm. 13, Agosto, 2007.

<sup>11</sup> Haciendo alusión a estos bienes jurídicos, *vid.* AAP Badajoz de 18 de mayo de 2004(ROJ. 162/2004) (Pte. Narváez Bermejo).

<sup>12</sup> JORGE BARREIRO, A.: *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Ed. Tecnos, Madrid.1990, p.13. A este respecto MUÑOZ CONDE, F.: [Prólogo] en GÓMEZ RIVERO, M.<sup>a</sup> C.: *La responsabilidad penal del médico*, Ed. Tirant lo Blanch, 2<sup>a</sup> edición, Valencia. 2008, p.15, menciona: "De todas la profesiones liberales, la profesión médica es quizás la que más frecuentemente suscita la intervención del Derecho penal". POLO DÍEZ, A.: (1929) *Aspecto penal del tratamiento médico-quirúrgico "arbitrario"*. (Memoria doctoral) Universidad Complutense de Madrid, p. 127 [Biblioteca de Tesis Doctorales y Publicaciones

La presente investigación busca establecer parámetros concretos a una cuestión que no es baladí: delimitar la responsabilidad penal en el ámbito médico-sanitario de acuerdo al grado de contribución al hecho de cada interviniente, máxime que por lo general la práctica de esta ciencia implica la confluencia de varias personas, cada uno actuando conforme un *rol* y competencia, organizados mediante estructuras jerárquicas donde unos imparten instrucciones y otros las cumplen. Los inconvenientes se suscitan cuando el resultado lesivo (o el peligro de lesión) concurre en la mayor parte de los casos por la falta de precaución e inobservancia de las reglas mínimas de cuidado que son inherentes a toda actividad<sup>13</sup>. Circunstancia que se agrava aún más si es llevada a cabo en grupo<sup>14</sup>. Así las cosas, el reto que tiene el Derecho, estriba en desarrollar estructuras que permitan la inclusión del progreso de la Medicina, y al mismo tiempo de lo médicamente correcto<sup>15</sup>. Procurando denunciar las trabas innecesarias del Derecho penal<sup>16</sup>.

La razón que ha llevado a emprender la investigación de este tema, obedece a la necesidad de verificar el estado de la cuestión respecto a la delimitación de la responsabilidad penal en el quehacer médico-sanitario, examinando los métodos y las herramientas jurídicas para individualizar (si se quiere) aquellos comportamientos que confluyen en la *praxis* de esta rama

---

Académicas de la UCM] “Ya hemos expuesto el temor que nos inspiran los hospitales, Clínicas y Facultades de Medicina, por ser en ellos donde más fácilmente se ofrece la ocasión al supuesto delictivo que investigamos”.

<sup>13</sup> En este sentido la SAP de Sevilla de 17 de mayo de 2004 (ROJ 1976/2004) (Pte. Izquierdo Martín) “...su ejercicio requiere la intervención de varios especialistas y auxiliares sanitarios, es pues una actividad a desarrollar en equipo, por lo que resulta necesario, en su caso, delimitar las respectivas responsabilidades de los miembros del mismo”. No obstante, como se indica en el apartado del *Resumen*, en el Capítulo IV, se examina la denegación de asistencia sanitaria cuyo tipo exige dolo.

<sup>14</sup> La jurisprudencia menor ha recogido esta finalidad, así la SAP Sevilla de 17 de mayo de 2004 (ROJ 1976/2004) (Pte. Izquierdo Martín) indica “La cirugía, en cuanto su ejercicio requiere la intervención de varios especialistas y auxiliares sanitarios, es pues una actividad a desarrollar en equipo, por lo que resulta necesario, en su caso, delimitar las respectivas responsabilidades de los diversos miembros del mismo”; en igual sentido la SAP Toledo de 26 de abril de 2004 (ROJ 407/2004) (Pte. Gutiérrez Sánchez-Caro) explica, el “nuevo fenómeno de la medicina en equipo exige tanto en lo jurídico como en el sanitario la necesidad de delimitar las respectivas responsabilidades; normalmente imprudentes, de los diversos miembros del equipo”.

<sup>15</sup> LÜTTGER, H.: Medicina y Derecho Penal, trad. BACIGALUPO, E., Ed. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid. 1984, p. 137.

<sup>16</sup> ROMEO CASABONA, C.: El Médico y el Derecho Penal, Ed. Bosch, t. I, Barcelona. 1981, p. XII.

científica. Para dicho cometido, la cuota doctrinal y sin duda alguna el aporte de la siempre fructífera doctrina jurisprudencial, constituyen avalados referentes para la consecución de los objetivos que se han marcado en este trabajo.

No infrecuentemente, los medios de comunicación dan a conocer verdaderas desgracias relacionadas con el negligente proceder médico-sanitario, cuyos supuestos pueden llegar a ser incontables. Por citar algunos: las transfusiones de sangre contaminada, los esperpénticos errores de diagnóstico, la desidia en algunos profesionales sanitarios respecto al cumplimiento de sus labores, la falta de ética en determinadas prácticas médicas, son algunos datos que pueden dar fe de la imperiosa necesidad de identificar los compartimientos antijurídicos de aquellos que sencillamente van acorde con el impredecible funcionamiento de la naturaleza reflejado en el cuerpo humano. De ahí el ímpetu de abordar esta interesante pero no menos intrincada temática a la vista de las repercusiones que esta actividad representa en la sociedad y, sobre todo, de cara al análisis en el ámbito jurídico-penal.

### **Objetivos-contenido**

La delimitación de la responsabilidad penal médico-sanitaria ha sido un tema que ha venido ocupando un lugar importante en el debate doctrinal a través de los últimos años<sup>17</sup>. Pese a ello, los parámetros y al menos los conceptos que se han aportado por las opiniones más autorizadas, distan de ser uniformes y en ciertos casos pecan de ambiguos. Esto se hace extensivo al ámbito jurisprudencial que en no pocas ocasiones se pasa por alto el profundizar en parámetros relacionados con la delimitación de la responsabilidad penal en el trabajo de equipo (v.gr. la autoría y participación en el delito imprudente) empleando argumentos contradictorios en supuestos muy parecidos con criterios jurídicos que se muestran diametralmente diferentes.

---

<sup>17</sup> Entre los múltiples autores en la doctrina española es merecedor destacar la labor de QUINTANO RIPOLLÉS, A., ROMEO CASABONA, C., JORGE BARREIRO, A., SILVA SÁNCHEZ, J., GÓMEZ PAVÓN, P., VILLACAMPA ESTIARTE, C., GÓMEZ RIVERO, M.<sup>a</sup> C., HAVA GARCÍA, E., RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V., entre otros.

Con esta investigación se pretende ofrecer una concepción más clara del deber de cuidado en la praxis médica como núcleo central de la imprudencia. Ligado a esto, el análisis de la *lex artis* de esta rama se hace imprescindible como presupuesto válido (si bien no concluyente) para determinar si la conducta del profesional sanitario se halla alejada del riesgo permitido, constatando que la tendencia a una *lex artis ad-hoc* resulta más que evidente por lo variable de la disciplina en estudio.

Con la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, se estableció un nuevo tratamiento al delito imprudente dando una nueva clasificación a la gravedad de la conducta culposa. De esta manera, se hace constar un sistema tripartito: grave, menos grave y leve. Así las cosas, si ya eran evidentes los problemas que representaba distinguir la imprudencia grave de la leve, con la inclusión de esta nueva categoría (menos grave) lo que ha conseguido el legislador es dificultar aún más el delimitar la imprudencia grave de la menos grave, al no proporcionar criterio alguno que ayude a su distinción; quedando dicho cometido en manos del juzgador.

Es conocido por todos que la labor médica-sanitaria en los tiempos que corren es llevada a cabo de manera grupal, donde *unos* dependen de *otros* para conseguir un objetivo en común: la sanidad del paciente. Sin embargo, como se ha señalado en líneas precedentes, si bien esto implica que el profesional médico-sanitario circunscriba su radio de acción de manera más especializada y profunda<sup>18</sup>, haciendo que el tratamiento y diagnóstico dependa de varios profesionales<sup>19</sup> creando en casos precisos dependencia entre los mismos<sup>20</sup>. Por este mismo hecho, se ha podido establecer que la delimitación

---

<sup>18</sup> ROMEO CASABONA, C.: El médico ante el derecho, Ed. Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid. 1990, p. 5.

<sup>19</sup> LÓPEZ BOLADO, J.: «*Los médicos y el Código penal*», Ed. Universidad, Buenos Aires, 1987, p.33, advierte una importante precisión: «Y esto es tanto más importante en la actualidad, cuanto que el desarrollo de la vida moderna, con su tecnología y evolución social, ha destruido hasta los menores residuos de las otrora valiosas relaciones que unían a la familia con el médico de cabecera».

<sup>20</sup> Reconociendo a la ciencia médica como un trabajo que se desarrolla en equipo: "...es sobradamente conocido, cada vez resulta menos concebible una actividad médica aislada", *vid.* SILVA SÁNCHEZ, J.: Medicinas alternativas e imprudencia médica, Ed. Bosch, Barcelona. 1999, p. 27.

del aporte realizado por cada interviniente, resulta imperiosa. En consecuencia, hacer uso del principio de división de trabajo, principio de confianza y del principio de prohibición de regreso, facilita en gran medida acotar las responsabilidades de forma más justa y acorde con los principios básicos del Derecho penal a través de una correcta imputación objetiva.

De intenso debate es el que se ha propiciado en la doctrina en relación a la autoría y la participación en el delito imprudente. Desde la postura optada en este trabajo se avala la posibilidad de diferenciar la autoría y la participación en los supuestos en los que se ocasione un resultado lesivo producto del trabajo en equipo/grupo. En este sentido, se ha considerado de poco acertado atribuir el resultado a todos los intervinientes en calidad de autores de un hecho imprudente conforme a un modelo unitario de autor; máxime que no todas las conductas tienen el mismo nivel de aporte para que sean consideradas como tal.

En otra arista del trabajo, ya en sede dolosa, se examina una de las conductas tipificadas en el art. 196 Código penal, en referencia a la denegación de asistencia sanitaria, dejando en claro las características que se tendrán en consideración para subsumir una conducta en esta modalidad. De igual manera, se establecen los rasgos identificativos que dotan de autonomía a esta modalidad (denegación de asistencia) respecto al art. 195 CP, que pese a la remisión de pena que se hace a esta norma, y además de compartir (arts. 196 y 195 CP) el mismo título «De la omisión del deber de socorro» en el Código penal, la configuración de los elementos de cada normativa hacen de la denegación de asistencia sanitaria un tipo penal independiente. De esta manera, la importancia del estudio de esta novedosa incorporación hecha por el legislador de 1995, radica en el tratamiento de algunas cuestiones sobre las que la doctrina ha intensificado su debate; tal es el caso, por ejemplo, la naturaleza de la omisión, consiguiendo que se propongan nuevas propuestas como la omisión de garante<sup>21</sup> con la que se trata de dar solución a aquellas

---

<sup>21</sup> Una «categoría intermedia» entre la omisión de socorro y la comisión por omisión. Aquella atribuible al sujeto sobre quien recae un deber de actuar pero que no llega a identificarse estructuralmente a la comisión activa, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “Entre la omisión de socorro

acciones omisivas que llegan a que el riesgo grave para la salud se concrete finalmente en una lesión en concreto.

### Metodología y medios

La atinada concepción que ofrece SAMPIERI respecto al trajinar de la ciencia a través de los años, ha venido marcada por “diversas corrientes de pensamiento –como el empirismo, el materialismo dialéctico, el positivismo, la fenomenología, el estructuralismo– y diversos marcos interpretativos como la etnografía y el constructivismo”<sup>22</sup>. Pese a ello, el enfoque por el que se han decantado estas corrientes se sintetiza en dos ámbitos diferenciados, a saber: la investigación cuantitativa y la investigación cualitativa. Así las cosas, el método empleado en este trabajo es el cualitativo<sup>23</sup>, *describiendo* las diferentes posiciones doctrinales y llevándolas a la práctica jurisprudencial, en aras de comprobar el estado de la cuestión (delimitación de la responsabilidad médico-sanitaria) para luego realizar el *análisis* de los elementos más trascendentes, a partir de los cuales se han ido definiendo las hipótesis que han motivado el presente estudio.

Para la realización de esta investigación se han buscado fuentes de información tales como obras científicas generales y especializadas de Derecho penal, artículos de revistas científicas con especial atención a los estudios publicados luego de la reforma al Código penal español de 1995, publicaciones de prensa escrita, así como opiniones de aquilatados entendidos en la materia. Además, se acudió a la siempre fructífera doctrina

---

y la comisión por omisión. Las estructuras de los arts. 195.3 y 196 del Código penal”, en Manuales de Formación Continuada, núm. 4, 1999, pp. 156.

<sup>22</sup> HERNÁNDEZ SAMPIERI, R., FERNÁNDEZ COLLADO, C. y BATISTA LUCIO, P.: Metodología de la investigación, 5.ª edición, Ed. McGraw-Hill, México. 2010, p. 4.

<sup>23</sup> Conforme la doctrina más autorizada, explicado de forma resumida esta técnica puede “desarrollar preguntas e hipótesis antes, durante o después de la recolección y el análisis de datos. Con frecuencia, estas actividades sirven, primero, para descubrir cuáles son las preguntas de investigación más importantes, y después, para refinarlas y responderlas. La acción indagatoria se mueve de manera dinámica en ambos sentidos: entre los hechos y su interpretación, y resulta un proceso más bien «circular» y no siempre la secuencia es la misma, varía de acuerdo con cada estudio en particular”, *Ibid.* p. 4.

jurisprudencial<sup>24</sup>, con el propósito de extraer datos concretos y prácticos que ayuden a dilucidar puntos controvertidos o faltos de contenido respecto de la temática en estudio.

### **Plan de exposición**

En aras de alcanzar los objetivos propuestos, el trabajo se halla dividido en cuatro capítulos que básicamente obedecen a las siguientes formulaciones:

Capítulo I ¿Cómo se configura la imprudencia (deber de cuidado) y cuál es el contenido de la *lex artis* en el ámbito médico-sanitario? Partiendo de que en su gran mayoría los infaustos resultados que acontecen en la práctica médica son el producto de conductas culposas, se analiza la configuración del deber de cuidado como núcleo de la modalidad imprudente desde la perspectiva objetiva como subjetiva. Finalmente, se analiza la nueva clasificación que el legislador ha querido otorgar a la gravedad de la imprudencia con la incorporación de la categoría «menos grave»; aspecto de gran importancia a la hora de determinar el grado de infracción de la norma de cuidado en el ámbito que nos ocupa. De igual forma, se determina el contenido de la *lex artis* en el ámbito médico-sanitario, su aplicación práctica y el valor jurídico que se le otorga como presupuesto de infracción del deber de cuidado exigido, concluyendo la necesaria consideración de una *lex artis* aplicada a cada caso en concreto de acuerdo a las circunstancias que rodean el supuesto de hecho, esto es, una *lex artis ad-hoc*.

Capítulo II ¿Cuáles son los criterios para delimitar la responsabilidad penal médico-sanitaria en el trabajo de equipo en torno a la imputación objetiva? La práctica de la Medicina ha dejado de ser un asunto de una sola persona (paciente-medico), cual relación estanca entre el médico y el paciente.

---

<sup>24</sup> Las sentencias citadas a lo largo de la investigación, han sido ubicadas en el portal electrónico <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>, del Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) órgano técnico adscrito al Consejo General del Poder Judicial español (CGPJ), así como en la Base de Datos del portal electrónico <https://insignis-aranzadigital-es.bucm.idm.oclc.org/maf/app/search/template?stid=all&stnew=true>, de Aranzadi Instituciones, Thomson Reuters.

En la actualidad, esa labor es llevada a cabo a través de múltiples profesionales dependientes uno del otro, siendo oportuno delimitar la conducta de cada interviniente, y más tratándose de estructuras de trabajo configuradas por niveles jerárquicos o de manera funcional. En este sentido, los subinstitutos de la imputación objetiva resultan de mucha utilidad, en aras de acotar la responsabilidad de cada partícipe. Dicho esto, *el principio de división del trabajo*, establece competencias y *roles* de actuación, permitiendo que cada persona se implique y gestione su ámbito de trabajo. *El principio de confianza*, cuya génesis estriba en el ámbito del tráfico viario ha cedido su aplicabilidad al ámbito médico, haciendo posible que cada interviniente cumpla con su trabajo según su ámbito de acción sin tener que preocuparse por la conducta de los demás, siempre que no existan fundados y concretos indicios que hagan decaer dicho principio. Finalmente, *el principio de prohibición de regreso*, configurado originalmente para conductas dolosas precedidas de acciones imprudentes, en este trabajo, pretendemos concretar su aplicación en el ámbito médico, partiendo de supuestos en los que una acción imprudente se halle precedida por una acción dolosa, e inclusive, una conducta imprudente precedida por otra similar.

Capítulo III ¿Es posible diferenciar la autoría y participación imprudente en el ámbito médico-sanitario? Para nada fácil ha resultado el debate mantenido por la doctrina española en relación al Derecho penal médico respecto a la autoría y participación<sup>25</sup> imprudente. No obstante, la posibilidad de apreciar la autoría y la participación en el delito culposo cada vez gana mayores adeptos en la doctrina local, siendo en la actualidad la corriente mayoritaria. En este capítulo, partiendo de ejemplos prácticos, se ensaya la posibilidad de identificar pautas o fundamentos que permitan delimitar aquellas conductas que por no ser relevantes en la aportación al resultado, estarían lejos de ser consideradas como autoría. En este sentido, es cuestionable la línea seguida por la jurisprudencia calificando como autores a todos los

---

<sup>25</sup> Hay que destacar el doble sentido del término «participación». Así, en un sentido amplio, entendida como todas las formas de intervención en el hecho (incluida la autoría); y, en sentido estricto, en contraposición a la autoría, *vid.* MIR PUIG, S.: Derecho penal. *PG*, 10.<sup>a</sup> edición, Ed. Reppertor, Barcelona. 2015, p. 409 y s.

intervinientes del hecho imprudente<sup>26</sup> (concepto unitario de autor) con soluciones distintas a supuestos de hecho relativamente iguales, o en los que concurren estructuras de actuación muy semejantes. En consecuencia, se examina el concepto unitario y el restrictivo de autor, para luego a partir de este segundo modelo (concepto restrictivo), desde la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho, revisar la coautoría imprudente, y finalmente efectuar un análisis de la autoría mediata culposa en el ámbito médico-sanitario.

Capítulo IV ¿Qué conductas pueden llegar a considerarse actos de denegación de asistencia sanitaria? Partiendo de la temática que se investiga, se ha creído pertinente abordar la denegación de asistencia sanitaria como una de las modalidades del art. 196 CP, sancionando la desatención del profesional sanitario de cuya conducta se origine un grave riesgo para la salud. Los inconvenientes para subsumir la acción omisiva en esta figura no resultan ser pocos, entre otros factores debido a la ambigüedad en la forma en la que se halla redactada la norma. En consecuencia, haciendo un análisis de los elementos objetivos del tipo se acota el perfil del sujeto activo de este delito, lo que conlleva a determinar de manera más concreta el direccionamiento que el legislador pretendió plasmar con el uso del término “profesional”. Sin embargo, la denegación de asistencia no es suficiente para la configuración del delito, puesto que la norma en cuestión exige para la imputación del resultado la constatación de algunos otros elementos de corte normativo. En este sentido, se analiza, cuándo el profesional sanitario tendría «la obligación» de prestar su contingente ante el requerimiento de asistencia. Como parte medular del tipo en estudio, se intenta evaluar si la exigencia del «riesgo grave» a la que se hace referencia en el texto de la norma, es consecuencia de una acertada valoración por parte del legislador acotando el margen de punición, o por el contrario, dicho criterio resultaría ser una estéril delimitación. Ya establecido este parámetro, se estudia si en torno a este requerimiento (riesgo grave), con

---

<sup>26</sup> Conclusión a la que se ha llegado luego de haber analizado un nutrido número de sentencias emitidas por el Tribunal Supremo de Justicia, alguna de las cuales ha sido incluidas en este trabajo.

la denegación de asistencia sanitaria estaríamos ante un delito de resultado concreto, de peligro abstracto (bastando únicamente la denegación para configurar el delito), o si el riesgo grave representaría una condición objetiva de punibilidad que obedecería a motivos político-criminales. Cláusula esta (riesgo grave) que a nuestro parecer no podría originarse de la denegación de asistencia, en razón de que cuando se requiere auxilio ya existe un riesgo vigente (quizá no grave). En consecuencia, lo que realmente acontece es que con la denegación de asistencia lo que se consigue es no interrumpir el proceso del riesgo (ya existente); subsistiendo la posibilidad, en todo caso, de poder considerar como una agravación del riesgo pero no de su creación. De igual forma, se analiza la parte subjetiva del tipo, siendo que la denegación de asistencia exige que la conducta sea de carácter dolosa, por lo que desde nuestro punto de vista la aplicación práctica de esta norma se presenta como poco alentadora. Finalmente, el concurso con otras figuras delictivas es inminente, pudiendo considerar incluso la posibilidad de imputar una conducta en comisión por omisión en los supuestos en los que la denegación de asistencia sanitaria provoque ya no el riesgo grave para la salud, sino que dicho riesgo se concrete en lesiones o pérdida de la vida. Aspecto por el cual se examinan los posibles fundamentos que atribuirían al profesional una posición de garantía, determinando de esta forma su condición de autor.

Es conveniente reconocer que debido a lo extensa que puede llegar a resultar la materia objeto de estudio se limitan considerablemente aspectos que por su vinculación podrían haber sido igualmente tratados en esta investigación, sin que ello sirva de excusa para que sobre los mismos se hagan aclaraciones y referencias cuando el caso lo amerite, ofreciendo al lector una mejor comprensión de este trabajo.

## **CAPÍTULO I**

### **ASPECTOS QUE INCIDEN EN LA CONFIGURACIÓN DEL CONCEPTO DE IMPRUDENCIA SANITARIA**

## CAPÍTULO I

### I. ASPECTOS QUE INCIDEN EN LA CONFIGURACIÓN DEL CONCEPTO DE IMPRUDENCIA SANITARIA

#### 1. La imprudencia y su evolución

La imprudencia constituye el límite mínimo para la imputación del resultado delictivo. La forma más básica de protección de los bienes jurídicos es la de prohibir procesos que vayan dirigidos a su lesión o puesta en peligro. Sin embargo, la importancia de ciertos bienes como la vida y la salud individual, tratándose aún más del ámbito médico-sanitario, obliga al Estado a ampliar dicha protección disponiendo que los sujetos eviten procesos que si bien no van dirigidos a su lesión, suponen un alto riesgo para dichos bienes jurídicos<sup>27</sup>.

En la teoría general del delito se han aportado varios conceptos de imprudencia y no menos sus adjetivaciones. QUINTANO RIPOLLÉS, remontándose a los inicios de la culpa –imprudencia– destaca: OVIDIO habló de *culpa abhorrere*; CICERÓN, de *in culpa esse*; TÁCITO, de *culpa eximere*; y, JULIO CÉSAR, de *culpa transferre*. Apelativos cuantitativos como *lata, levis o levissima; negligentia, imperitia, luxuria, desidia, lascivia, culpabilis, culpabiliter o culpatus*. A partir del Código penal español de 1848, se entremezcla el término *imprudencia* con *negligencia* e *impericia* en la prolija y confusa sistematización del art. 565 del Código penal español de 1973. En el continente americano con los Códigos penales de Chile, Honduras, Nicaragua y Costa Rica como «*cuasi-delito*», vieja expresión del Derecho Romano Civil. En Italia, como *reato colposo*<sup>28</sup>; en la lengua francesa, *imprudence, négligence, maladresse*, así como *faute*; en portugués, *negligencia y culpa*; en alemán

<sup>27</sup> BUSTOS RAMÍREZ, J. y HORMAZABAL MALARÉE, H.: Lecciones de Derecho Penal. Parte General, Ed. Trotta, Madrid. 2006, p. 296.

<sup>28</sup> BALCARCE, F.: “La desesperanzadora evolución del tipo culposo en el Derecho comparado”, en *Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales*. LH CLAUS ROXIN, Ed. Marcos Lerner, Córdoba-República de Argentina. 2001, p. 12.

*Schuld*, culpa-*Fahrlässigkeit*, infrecuentemente con carácter científico *kulpöse*, y en la lengua inglesa como *negligence* o *recklessness*.

Hace relativamente poco tiempo el delito imprudente ocupaba un lugar secundario en el Derecho penal consagrado fundamentalmente al dolo, a cuya estructura respondían los delitos más graves y cualitativamente más importantes<sup>29</sup>.

El delito imprudente era considerado como *quasi delictum*<sup>30/31</sup>, más afín al Derecho civil que al penal<sup>32</sup>. A dicha tendencia, la doctrina científica se ha sumado en no pocas ocasiones defendiendo de *lege ferenda* la necesidad de excluir del Código penal los daños imprudentes, esgrimiendo razones como su escasa alarma social o el hecho de que inicialmente fueron incorporados a nuestro Derecho penal, en el erróneo entendimiento de una justicia civil lenta, incapaz de resolver este tipo de conflictos en dicha vía<sup>33/34/35</sup>.

<sup>29</sup> La imprudencia o culpa –tal como se la denominaba años atrás– fue vista durante mucho tiempo como el hijastro del Derecho penal. “También la ciencia tiene sus hijastros que desatiende no porque sean menos interesantes, sino más secos”, se trata de hijastros porque “ningún hijo de carne y sangre ha sido tan despreciado por su madre, tan desdeñado sin conocerle, como el delito culposo lo ha sido, durante siglos, por las páginas a él consagradas”, *vid.* JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: Tratado V, Ed. Losada, 2ª edición, tomo V, Buenos Aires. 1963, p.675.

<sup>30</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, J. y SERRANO GÓMEZ, A.: Derecho penal español. Parte general, Ed. Dykinson, 18ª edición, Madrid. 1995, p. 474.

<sup>31</sup> En contra posición FEUERBACH, cit. en FEIJÓ SÁNCHEZ, B.: Resultado lesivo e imprudencia, Ed. JM Bosch, Barcelona. 2001, p. 40, rechaza la idea de considerar al delito imprudente como un *cuasidelito* y que había que ubicarlo dentro de la teoría general de la imputación.

<sup>32</sup> MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: Derecho Penal. Parte General, Ed. Tirant Lo Blanch, 9ª edición, Valencia. 2015, p. 301.

<sup>33</sup> ALMODÓVAR PUIG, B.: (2014) *¿Derecho penal “privado”? Juicio crítico a la existencia de delitos perseguibles a instancia de parte y alternativas de solución* (Tesis Doctoral) Universidad Complutense de Madrid. p. 275 [Biblioteca de la Facultad de Derecho de la UCM].

<sup>34</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, A.: Derecho penal de la culpa, Ed. Bosch, Barcelona. 1958, p. 8, haciendo notar lo nimio de la imprudencia en cuanto a su tratamiento, hace referencia al dicitario de BINDING, para referirse a la culpa –imprudencia– como el «hijastro de la ciencia del derecho penal». NUÑEZ BARBERO, R.: “La estructuración jurídica del delito culposo, problema actual de la dogmática”, en *ADPCP*, t. 27, año 1974, p. 61, explica que tiempo atrás el tratamiento de los delitos culposos por el legislador era superficial y fragmentario debido a su insignificancia respecto de los dolosos, e inclusive resalta que ENGISCH en 1930, en su monografía sobre la intención y la prudencia, aún podía hablar sobre la relativa rareza de los delitos imprudentes. No obstante, señala el autor, el progreso científico y el desenvolvimiento técnico han puesto a disposición del hombre complejos mecanismos cuyo manejo es fuente de peligro, tanto para quien los utiliza, como para los demás. En este sentido ROXIN, C.: Derecho Penal. *PG*, t. I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito, trad. de la 2ª edición

alemana y notas por LUZÓN PEÑA, D., GARCÍA CONLLEDO, M., Díaz y DE VICENTE REMESAL, J., Ed. Civitas, Madrid. 1997, p. 996 habla de un incremento enorme del otrora desatendido delito imprudente.

<sup>35</sup> En este sentido, se puede matizar la labor del derecho civil al normativizar y darle contenido a la culpa –imprudencia–. Así, CALDERÓN TELLO, F.: El delito de blanqueo de capitales: Problemas en torno a la imprudencia y la receptación, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra. 2016, pp. 82 y 83, “En España los arts. 1103 y 1104 C, son los que plantean la cuestión terminológica de la culpa como un problema (más o menos resuelto a este nivel). A decir de la doctrina civilista, se puede afirmar que esta sí que los ha diferenciado con mucha claridad. La negligencia expresa un juicio psicológico y la culpa es concretamente un término técnico-jurídico. En el art. 1103 la negligencia debe ser entendida en su sentido subjetivo que junto al dolo explican la objetivación de la voluntad en el hecho concreto. En el art. 1104 I, la negligencia es simplemente la negación de la diligencia que exige el cumplimiento de la concreta obligación. La negligencia o culpa en el ámbito del Derecho civil es la infracción del deber de diligencia, como el dolo es mala fe, la negligencia o culpa es la infracción del deber de diligencia, sin mala fe o de buena fe, sin intención o voluntad de infringir el deber. Esto no significa que la buena fe esté agotada en la culpa sino que la buena fe explicaría el resultado ilícito consecuencia de infringir el deber de diligencia y no la mala fe. Pero es en el art. 1092 CC en donde realmente se encuentra establecida la responsabilidad por culpa o negligencia. El Derecho civil afirma que este artículo regula la responsabilidad extracontractual [...] Se regula aquí, en el Código Civil, precisamente por la función normativa que se le ha asignado: compensatoria o resarcitoria (y no preventivo-punitiva como en el ámbito del Derecho penal). Por otro lado, se ha afirmado con razón, que la evolución que tuvo en el derecho civil de Roma y en los glosadores, dotó a la culpa de un contenido normativo en el ámbito jurídico-penal explicable por los términos de imprudencia, negligencia, cuasidelito, etc. En Italia, por el carácter específico y diferenciador respecto del dolo, es decir, la culpa como explicación del acto no intencional, se los denominó delitos involuntarios. Hoy esta terminología ha sido abandonada y el art. 43 del *Codice Penale*, define al delito culposo o sin intención, cuando el evento, aunque era de esperar, no es querido por el agente y se verifica a causa de la negligencia o imprudencia o impericia o por la inobservancia de las leyes, reglamentos, órdenes o disciplinas. En Francia siempre fue acogida esta terminología. El art. 121-3 del Código penal francés, señala que habrá delito, cuando la ley lo prevea, en caso de imprudencia, de negligencia o de incumplimiento de una obligación de prudencia o de seguridad prevista por la ley ó por el reglamento, si se prueba que el autor de los hechos no observó la normal diligencia, a la vista, en su caso, de la naturaleza de su misión o de sus funciones, de sus competencias, así como de las facultades y de los medios a su alcance. Sostiene un sector de la doctrina francesa que para describir la *faute* (falta en sentido amplio o culpa) el legislador francés ha utilizado las expresiones *maladresse*, *imprudence*, *négligence*, *inattention*. Sin embargo, lo que se incrimina en las infracciones de este tipo es la imprudencia o la negligencia, La culpa en la doctrina jurídico-penal francesa consiste en no prever las consecuencias dañosas del acto realizado o en no creer que pudieran producirse por no tomar las precauciones necesarias para impedir su producción. En Alemania, el art. 15 CP alemán realiza una concreta diferenciación entre la acción dolosa y la culposa acogiendo, en general la manifestación de la misma a través de la imprudencia. Se puede concluir que las preferencias denominativas responden a diferentes tradiciones: se adopta *culpa* en la literatura italiana (*colpa*) y *negligencia* e *imprudencia* como traducción de la *Fahrlässigkeit* alemana, aunque se afirma que parece más exacta la primera, Sin embargo, como para algunos, dado que la cuestión terminológica no es determinante, se empujan en general como sinónimos culpa, negligencia e imprudencia. Opción que ha sido la escogida en general por la doctrina española. En las notas del Tratado de Derecho penal de MEZGER, RODRÍGUEZ MUÑOZ se advierte que en España el tratamiento de la culpa en los Códigos penales no ha sido el más adecuado. Comentando el art. 565 del CP vigente en la época, artículo que tiene su origen en el art. 469 del CP de 1948, señala que el texto de la ley (erróneamente redactado) se podría deducir que el delito culposo es: a) un delito propio y, b) no es una conducta delictiva. Con autoridad señala que el delito culposo no es un delito propio y la conducta culposa es una conducta delictiva por ser la culpa junto al dolo una de las formas que permiten construir la imputación jurídico-penal.

En la legislación española, con el paso de los años, el delito imprudente ha calado cada vez más en las respectivas reformas a la normativa penal, no pudiendo ser la excepción el Código penal de 1995<sup>36</sup> (en lo sucesivo: CP), donde la imprudencia ha merecido ser estudiada conforme las nuevas estructuras.

## 2. Aproximación al concepto de imprudencia

El Código penal no define en ningún lugar la imprudencia dando por sentado su entendimiento conforme al significado lingüístico del término, que en esta materia no difiere mucho del significado jurídico<sup>37</sup>. Conceptuar la imprudencia ha sido una labor ardua a través de los años<sup>38</sup>, siendo pertinente

---

Señala que la estructura de la culpa del Código de 1822, que recoge la idea de la culpa como cuasidelito, es preferible a lo que hizo el legislador de 1948”.

<sup>36</sup> A diferencia de anteriores legislaciones penales que acuñaban el sistema de incriminación genérica de la imprudencia (*numerus apertus o crimen culpae*), v.gr. el art. 565 del Código penal de 1973, con el que al parecer todos los delitos podían ser cometidos dolosa o imprudentemente, con el Código penal de 1995 (LO 10/2005 de 23 de noviembre) se incorporó el sistema de tipificación errada y excepcional (*numerus clausus o crimina culposa*), ajustándose al principio de *ultima ratio* y el carácter fragmentario del Derecho penal; favoreciendo de esta forma al principio de legalidad. Así, el art. 12, reza: “Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley”. La última reforma, la Ley Orgánica 1/2015 del 30 de marzo, supone una nueva clasificación de las infracciones criminales en delitos graves, menos graves y leves, que lleva implícita la desaparición de las faltas y, finalmente, la nueva clasificación de los tipos de imprudencia, al desaparecer la imprudencia leve, e incorporarse en su lugar, la imprudencia menos grave.

<sup>37</sup> MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: Derecho Penal. Parte General, Ed. Tirant lo Blanch, 9.ª edición, Valencia. 2015, p. 312.

<sup>38</sup> El delito culposo jugaba hasta hace muy poco un papel de segundo orden en la dogmática y en la política criminal del cual ha salido sólo a raíz de la tecnificación, en especial de la motorización de la vida moderna. Eso aclara por qué tanto en la sistemática del Derecho Natural como en la de los hegelianos fue tratado sólo de modo incidental, *vid.* WELZEL, H.: Derecho Penal Alemán, 4.ª edición en español, traducción del alemán por BUSTOS RAMÍREZ, J. y YÁNEZ PÉREZ, S., Ed. Jurídica de Chile, Chile. 2002, p. 153. TERRAGNI, M.: (2006) *La imputación en el delito imprudente* (Tesis Doctoral) Universidad Complutense de Madrid. p. 20 [Biblioteca de Tesis Doctorales y Publicaciones Académicas de la UCM] La idea culpa se proyecta hasta nuestros días desde el fondo de los tiempos: siempre estuvieron presentes ambos elementos: la conducta descuidada y el resultado. *Culpa est, quod, quum a diligente provideri poterit, non esset provisum, aut tum denuntiatum esset, quum periculum evitare non possit.* (Hay culpa cuando, habiéndolo podido prevenir una persona diligente, no se previno; o si se advirtió cuando no podía evitarse el peligro. Paulo; Lib. IX, tít. II, ley 31). El mismo: El delito culposo, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe-Argentina, 1984, p. 16 “El Código de Justiniano menciona la falta de obligación en casos en que no se pudo prever lo acaecido”. GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F.: La responsabilidad en el uso de vehículos a motor, Ed. Forum, 5.ª edición, Oviedo. 1996, pp.1 y 2. “Por imprudencia entendemos en un sentido amplio la usencia de precauciones aconsejables en un momento determinado, de donde se desprende la dificultad que en la práctica encierra por la relatividad de los puntos de referencia”, y más

recalcar que la motivación (no directamente el resultado) fue la razón del distinto tratamiento en relación al acto intencional. Así se indica en el *Deuteronomio* para el caso de homicidio: Tres ciudades servían de refugio al homicida “si mató a su prójimo sin querer, sin que antes fuera enemigo suyo ni ayer ni anteayer. Así, si uno va a cortar leña en el bosque con otro y, mientras maneja con fuerza el hacha para derribar el árbol, salta del mango el hierro y da a su prójimo y le mata, éste huirá a una de las ciudades y tendrá salva la vida. Si no, el vengador de la sangre perseguirá en su furor al homicida, y si el camino era demasiado largo, le alcanzaría y le heriría de muerte; y, sin embargo, ese hombre no merecería la muerte, pues que ni de ayer ni de anteayer tenía odio”.

Sin remontarnos profundamente a los orígenes y antecedentes históricos de la imprudencia dado que desbordaría el tema que nos interesa, la doctrina penal moderna ha desarrollado varios conceptos sobre esta figura, coadyuvando a la consolidación de una teoría del delito imprudente desconocida otrora. Es así, que hasta el primer tercio del siglo XX, la imprudencia fue entendida junto con el dolo como una forma de culpabilidad<sup>39</sup>. Fiel a esta sistemática, se manejaba un concepto de delito en el que el tipo de injusto se concebía como mera causación de un resultado, sin tomar en cuenta el desvalor de acción. La constatación de la tipicidad y la antijuridicidad se limitaba a una comprobación desde un punto de vista científico-natural, de una unión material entre la acción de una persona y un concreto resultado.

Con la doctrina clásica desarrollada esencialmente a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, se sostiene un concepto psicológico de culpabilidad y por extensión de imprudencia. Así las cosas, la imprudencia consistía en la voluntad de realizar la acción típica pero no el resultado, o como voluntad de peligro pero no de lesión. Posteriormente el nexos psicológico de la imprudencia

---

jurídicamente, como “la voluntaria omisión de la diligencia debida para evitar un resultado antijurídico previsible”. ROXIN, C.: Derecho penal. *PG.*, t. I, traducción de la 2.<sup>a</sup> edición alemana y notas por LUZÓN PEÑA, D., GARCÍA CONLLEDO, M. y DE VICENTE REMESAL, J., Ed. Civitas, Madrid. 1997, p. 1029, la falta de determinación de la conducta imprudente por la ley, debería colmarse o por lo menos ser completada por las valoraciones jurídicas.

<sup>39</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p. 76.

se llega a identificar como prever la producción del resultado a partir de una determinada acción, pasando en lo posterior a denominarse previsibilidad.

Pese a lo anterior, la concepción psicológica encontró serias dificultades al explicar tanto la imprudencia inconsciente (sin representación) como la imprudencia consciente (con representación). En la primera, faltaba precisamente el nexo entre el autor y el hecho, pues lo que caracteriza a esta conducta es que quien lleva a cabo la acción típica desconoce el peligro que entraña la misma y la ignora, y por tanto la posibilidad de lesión al bien jurídico. El entendimiento subjetivo de la culpabilidad como conciencia de lo injusto llevó algunos autores a negar el carácter delictivo de la imprudencia por ausencia de culpabilidad, o a entender que la culpabilidad de la culpa<sup>40</sup> se convierte en responsabilidad objetiva<sup>41</sup>. No obstante, tampoco la culpa consciente justifica calificar una acción como imprudente ya que el autor es consciente del riesgo de lesionar un bien jurídico y en consecuencia es ese conocimiento es el que hace que tome las medidas de cuidado. Críticas estas que dieron paso a que la teoría psicológica sea reemplazada por la teoría normativa de la culpabilidad, la cual prescinde del nexo psicológico entre el autor y el hecho pasando a un juicio de reproche<sup>42</sup> por la infracción de una norma.

Así entendida la imprudencia (culpabilidad) se produce un cambio sistemático, esto es, de ser considerada como una forma de culpabilidad pasa a integrarse en el tipo. El punto de inflexión para este adelantamiento en la

---

<sup>40</sup> La culpa entendida como imprudencia. A este respecto es interesante la diferenciación hecha por QUINTANO RIPOLLÉS, A.: Derecho penal de la culpa, Ed. Bosch, Barcelona. 1958, p. 6, al establecer que la «culpabilidad» (genérica) da lugar al adjetivo «culpable» (genérico también), mientras que la «culpa» (específica) se adjetiva en «culposo». Así, CALDERÓN TELLO, F.: El delito de blanqueo de capitales: Problemas en torno a la imprudencia y la receptación, Ed. Aranzadi, Navarra. 2016, p. 78, respecto de esta diferenciación resalta que: «se puede ser culpable de un delito culposo».

<sup>41</sup> CORCOY BIDASOLO, M.: El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado, Ed. Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona. 1989, p. 45. A este respecto también *vid.* FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del «fin de protección de la norma de cuidado», Ed. J.M. Bosch, Barcelona. 2001, p. 42.

<sup>42</sup> A decir de CÓRDOBA RODA, J.: Culpabilidad y Pena, Ed. Bosch, Barcelona. 1977, p. 25, reproche entendido como el juicio que se dirige al sujeto porque realizó una acción prevista como delito pese a que podía obrar de modo distinto. Para tal juicio la doctrina exige el que el agente conociera la antijuridicidad de la conducta —ya la normativa prohibitiva del hecho típico en los delitos dolosos, ya la norma de cuidado en los delitos imprudentes.

ubicación sistemática de la imprudencia tiene lugar con ENGISCH<sup>43</sup> y su obra *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, publicada en el año de 1930<sup>44</sup>. De esta forma y con el avance del finalismo, la mayoría de la doctrina defiende la imprudencia como un elemento del tipo en consonancia con el concepto normativo asumido mayoritariamente. Así las cosas, el tipo de injusto se entiende incluido en el desvalor de acción haciéndose necesario comprobar más allá de la acción causal, que la conducta tal y como ha sido realizada ha quebrantado la norma previamente establecida<sup>45</sup>.

Didácticamente, ENGISCH ilustró esta cuestión con un brillante ejemplo: “Los vehículos de A y B chocan en una curva cerrada, porque A al tomarla se cerró sobre la izquierda. B, que venía en dirección contraria, conducía correctamente por su derecha por la pista interior. Si con motivo de este choque A y B resultan lesionados, naturalmente cada una de ellos ha causado por un «acto de voluntariedad» (conducir) la lesión del otro; pero sólo A ha causado antijurídicamente la lesión de B, y no también B la de A. Lo «esencial» del hecho culposo no reside en la mera caución de la lesión del otro, sino en la especial «modalidad» de las acciones ejecutadas por A y B. El modo de conducir de A era antijurídico, porque no observó el cuidado requerido en el ámbito de relación, mientras que la acción de B por la razón inversa era conforme a Derecho. Con esto se demuestra que el elemento decisivo del injusto del hecho culposo reside en el desvalor de acción, no meramente en el desvalor de resultado. En este punto fracasa la teoría causal de la acción al explicar los delitos culposos”<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> Aunque WELZEL fue el primero que trató la imprudencia y el dolo como elementos típicos, ENGISCH fue el primer autor que trató el cuidado necesario en el tráfico como un problema del tipo. FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del «fin de protección de la norma de cuidado», Ed. J.M. Bosch, Barcelona. 2001, p. 51.

<sup>44</sup> Al respecto, *vid.* TORIO LÓPEZ, A.: “El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos”, en *ADPCP*, t. 27, enero, 1974, p. 26 y s.

<sup>45</sup> ENGISCH citado por FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del «fin de protección de la norma de cuidado», Ed. J.M. Bosch, Barcelona. 2001, p. 52, entendió: “que el tipo no consistía en un mero proceso causal, sino que era preciso tener en cuenta en el mismo la realidad y las valoraciones sociales. Si la norma penal prohibía conductas, la materia de prohibición no podía ser la causación de un resultado, sino la conducta descuidada”.

<sup>46</sup> WELZEL, H.: Derecho Penal Alemán, Ed. Jurídica de Chile, 4<sup>ta</sup> edición en español, Chile. Traducción del alemán por BUSTOS RAMÍREZ, J. y YÁNEZ PÉREZ, S., 2002, p. 154.

La importancia de entender a la imprudencia como parte del tipo y no de la culpabilidad la podemos advertir con el clásico ejemplo de ROXIN: “un joven que cita a su novia para encontrarse en un lugar, donde la misma causalmente resulta muerta por el golpe de un meteorito, se trataría, según la doctrina antigua, de un homicidio típico y antijurídico, que no se castigaba solamente por falta de culpabilidad imprudente. En cambio, según la concepción moderna, en caso de conducta completamente intachable del causante, ni siquiera se realiza el tipo de homicidio imprudente”<sup>47</sup>.

Por lo expuesto, junto al desvalor del resultado se tendrá que constatar un desvalor de acción que en la imprudencia estaría integrado por la infracción de un deber de cuidado (clase y modo de ejecución de la acción) aspecto este último, que será analizado en detalle en las próximas páginas de este trabajo. Dicho lo anterior, la culpabilidad es concebida como una categoría diferenciada del tipo en la que se tendrán en cuenta las características específicas del autor del hecho para realizar un juicio de reproche, teniendo lugar, una vez que se haya constatado la tipicidad de la conducta. Así las cosas, con el paso de la concepción psicológica a la normativa, la imprudencia comienza a basarse no en lo que el autor puede conocer y evitar, sino en lo que debe conocer y evitar<sup>48</sup>; con lo cual al juzgador sólo le interesa el sujeto de imputación en su dimensión normativo-social o intersubjetiva y no en la puramente psíquica o subjetivo-moral<sup>49</sup>. En este sentido, sólo con la comprensión de que el momento esencial del hecho culposo no reside en el resultado sino en la clase y modo de ejecución de la acción—contravención del cuidado—, se abre camino una explicación conforme a la estructura de la acción culposa<sup>50</sup>.

---

<sup>47</sup> ROXIN C.: Derecho penal. *PG*, tomo I, traducción de la 2.<sup>a</sup> edición alemana y notas por LUZÓN PEÑA, D., GARCÍA CONLLEDO, M. y DE VICENTE REMESAL, J., Ed. Civitas, Madrid. 1997, p. 997.

<sup>48</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del «fin de protección de la norma de cuidado», Ed. J.M. Bosch, Barcelona. 2001, p. 50.

<sup>49</sup> MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: Derecho Penal. Parte General, Ed. Tirant lo Blanch, 9.<sup>a</sup> edición, Valencia. 2015, p. 268, refiriéndose a los delitos imprudentes, sostiene que: “la acción prohibida tiene que ser establecida por el juez con ayuda del criterio de la «diligencia debida»».

<sup>50</sup> WELZEL, H.: Derecho Penal Alemán, Ed. Jurídica de Chile, 4.<sup>ta</sup> edición en español, Chile. Traducción del alemán por BUSTOS RAMÍREZ, J. y YÉNEZ PÉREZ, S., 2002, p. 155.

A decir de FEIJÓO SÁNCHEZ “desde el punto de vista normativo, las personas deben responder de las consecuencias de su organización defectuosa<sup>51</sup> [...] el delito imprudente se basa en un reproche por no haber sido (o no haber sido suficientemente) cuidadoso, diligente o precavido”<sup>52</sup>.

### **3. Elementos que inciden en la determinación de la imprudencia en la profesión sanitaria**

#### 3.1. La imprudencia en la medicina

La imprudencia a efectos jurídico-penales puede estar implícita en todos los sectores que impliquen actividades de riesgo, empero, la profesión médica como la sanitaria en general constituyen una de las áreas más fértiles para la concurrencia de conductas que riñen con la integridad de las personas<sup>53</sup>; teniendo oportunidad el hablar de imprudencia<sup>54</sup>. Esto debido a la falta de precaución por parte de los profesionales sanitarios lo que se traduce en lesiones y homicidio. En este aspecto, oportuna resulta la aclaración a la que recurre QUINTANO RIPOLLÉS, destacando la incidencia y repercusión que representa la categoría de «profesional médico-sanitario» para determinar la culpa o en su defecto graduar su intensidad: “quien sin conocimientos médicos atiende de momento a un herido y le infecta su lesión por no usar en el vendaje un pañuelo, no incurrirá normalmente en responsabilidad; sí, en cambio, ese mismo acto, objetivamente el mismo, perpetrado por un facultativo, obligado a guardar las precauciones de asepsia”<sup>55</sup>.

Si bien las conductas imprudentes en el ámbito médico –con las salvedades del caso–no persiguen la lesión de los más preciados bienes jurídicos que el Derecho tutela (vida y salud), no obstante, dichos procesos

<sup>51</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del «fin de protección de la norma de cuidado» Ed. J.M. Bosch, Barcelona. 2001, p. 49.

<sup>52</sup> *Ibíd.*, p. 35.

<sup>53</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, A.: Derecho penal de la culpa, Ed. Bosch, Barcelona. 1958, p. 503.

<sup>54</sup> GÓMEZ RIVERO, M.<sup>a</sup> del C.: La responsabilidad Penal del Médico, 2.<sup>a</sup> edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2008, p. 331.

<sup>55</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, A.: Derecho penal de la culpa, Ed. Bosch, Barcelona. 1958, p. 501.

tienden a ponerlos en peligro<sup>56</sup>. En el ámbito médico las conductas lesivas generalmente se incriminan a título de imprudencia, claro está, sin marginar la modalidad dolosa en la que puede encajar la conducta del sanitario (*v.gr.* art.196 CP), pero que afortunadamente resultan ínfimos los supuestos en los que el juicio de reproche personal sanitario pueda reconducirse a una actuación intencional<sup>57</sup>. A pesar de esto, no se puede desmerecer el que algunos autores sostengan que determinadas conductas frisarían el dolo eventual<sup>58</sup>. Al respecto, ROMEO CASABONA alude tal modalidad (dolo eventual) a la decisión innecesaria del médico que pese a prever que la posible intervención para curar al paciente podría eventualmente tener consecuencias perjudiciales, pese a ello, decide hacerlo. En cuyo caso, argumenta el autor, de serle posible al paciente conservar indemne su salud prescindiendo de dicha práctica médica, el galeno habría realizado el tipo de lesiones corporales con dolo eventual<sup>59</sup>.

MIGUEL BAJO, se muestra aún más restrictivo en consonancia con la teoría de la causalidad “cuando el médico interviene sin o contra la voluntad del paciente, es aquél quien asume o acepta el resultado, por lo que siempre podrá

---

<sup>56</sup> “Una sociedad primitiva podría sobrevivir sólo con el castigo de los delitos dolosos, pero una sociedad moderna entendida ya como una comunidad debido a su cohesión social tiene que estabilizar un mínimo de cuidado en los contactos sociales”, *vid.* FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del «fin de protección de la norma de cuidado» Ed. JM. Bosch, Barcelona. 2001, p. 258.

<sup>57</sup> La posible responsabilidad dolosa de manera general en el marco de la actividad sanitaria es incompatible con la propia actividad de sanar, o al menos mejorar la calidad de vida del paciente; lo que no significa que puedan plantearse casos de lesiones o muertes dolosas con ocasión de la práctica sanitaria. Si bien ello sería simplemente anecdótico, de igual modo que si se plantea en otra esfera de la actividad humana. La voluntad dirigida a matar a otro o a lesionarlo es absolutamente incompatible con la finalidad de la actividad sanitaria, *vid.* BENITEZ ORTÚZAR, I. y CRUZ BLANCA, M.: “La imprudencia punible en el ámbito de la actividad médico-quirúrgica”, en *Estudios jurídicos sobre la responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, MORILLAS CUEVA, L. (dir.) Ed. Dykinson S.L., Madrid. 2009, p.156. Pese a lo anotado, la excepción a esta afirmación la encontramos en el delito de denegación y abandono de los servicios sanitarios tipificado en el art. 196 CP, cuya conducta dolosa es analizada *infra*, cap. IV.

<sup>58</sup> En la doctrina haciendo alusión al dolo en el ámbito sanitario, *vid.* GÓMEZ RIVERO, M.<sup>a</sup> C.: La responsabilidad Penal del Médico, 2.<sup>a</sup> edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2008, p. 413; ARMAZA ARANZA E.: “Consideraciones generales en torno a la responsabilidad penal del médico”, en ADROHER BIOSCA, S. y de MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. (dirs.) *Los avances del derecho ante los avances de la medicina*, Ed. Aranzadi, Navarra. 2008, p. 231.

<sup>59</sup> ROMEO CASABONA, C.: El Médico y el Derecho Penal, Ed. Bosch, t. I, Barcelona. 1981, p. 208

apreciarse dolo eventual”<sup>60</sup>. En este sentido CHOCLÁN MONTALVO esgrime “además, advertido el riesgo, si el sujeto, no obstante continúa en el ejercicio de su actuación, su comportamiento será ya doloso, por lo que el deber de comportarse extremadamente conforme a la norma de cuidado no es privativo de la imprudencia”<sup>61</sup>. En consonancia con este orden de ideas, CEREZO MIR considera homicidio doloso por omisión la conducta del cirujano que poseyendo capacidades excepcionales pese el haber previsto la posibilidad de muerte del paciente, este no las emplea<sup>62</sup>. No siendo extraña a esta posibilidad (apreciar dolo), la jurisprudencia ha llegado a plantearse el apreciar dolo eventual en la práctica médica<sup>63</sup>.

Así las cosas, y conforme lo comentado, la posibilidad de considerar la modalidad dolosa en la medicina no es del todo improbable. La medicina como una ciencia inexacta en la que en su práctica siempre puede surgir lo imprevisible y lo fortuito<sup>64</sup>, lleva aparejado el *hándicap* de la imprecisión cuando a la hora de determinar responsabilidades se trata. El complejo binomio «enfermedad-curación» y la dificultad de decidir cuál ha sido el determinante

<sup>60</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M.: Manual de Derecho Penal. Parte Especial, Ed. Ceura, 1.ª edición, Madrid, 1986, p. 164.

<sup>61</sup> CHOCLÁN MONTALVO, J.: Deber de cuidado y delito imprudente, Ed. Bosch, 1.ª edición, Barcelona, 1998, p. 35.

<sup>62</sup> CEREZO MIR, J.: Curso de Derecho penal español. Parte General, 6.ª edición. t. II, Ed. Tecnos, Madrid, 1998, p. 163.

<sup>63</sup> Sobre este punto, JORGE BARREIRO, A.: La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Ed. Tecnos, Madrid, 1990, p. 31 hace referencia a la STS de 19 de enero de 1972, transcribiendo parte de ella: «es tal cúmulo de omisiones de deberes profesionales ineludibles, de desatenciones profesionales, de errores técnicos, de retraso en adoptar las decisiones médico-quirúrgicas que su especialidad tocológica le imponía, que su conducta viene a ser rayana en la “eventualidad dolosa” y con la “culpa con previsión” de los fatales resultados que por su omisivo proceder podían producirse, siendo su actuación de “tracto sucesivo” delictual persistente en la omisión y en el descuido y desatención, procediendo de prudentes advertencias técnicas que oportunamente le fueron hechas y sin que después de examinar la incompleta placenta y de presentarse la fiebre, signo de infección y tras las repetidas metrorragias, exteriorizándolas de la existencia de restos placentarios insertos en el útero, no podía caberle duda racional de ser imprescindible la adecuada extracción ni podía dejar de prever cuáles podían ser las consecuencias de no hacerlo. Este mal hacer del procesado no puede, en manera alguna, enmarcarse en una simple imprudencia reglamentaria, sino que por ser de tal gravedad, repetido e intenso, que representa un alto exponente de impericia y negligencia profesional que pudo ser encasillada acusatoriamente en el párrafo quinto del meritado artículo 565, pero que, por lo menos, dadas las limitaciones de la casación, debe inculparse como imprudencia temeraria de acuerdo con la tesis recurrente final, procediendo a anular el fallo y dictar segunda sentencia más congruente y consonante con las declaraciones probatorias».

<sup>64</sup> HAVA GARCÍA, E.: La imprudencia médica, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 57.

del daño que se pretende incriminar frisa en la imposibilidad en la mayoría de los casos, puesto que “el médico trabaja con materiales directos, con el hombre y la vida, los dos enigmas eternos que no se sabe cómo empezaron ni cuál es su camino. Mejor dicho: la medicina tiene por misión curar las enfermedades y, sin embargo, la muerte no se puede evitar”<sup>65</sup>. Así las cosas, “juzgar si la maniobra de un chofer ha sido imperita y determinante del accidente, o si el cálculo de resistencia de materiales de un puente resultó errado, ocasionando su hundimiento, son cuestiones de hecho que apenas ofrecen portillo alguno a la duda. En cambio, decidir si el diagnóstico de un médico fue equivocado o si la operación se llevó a cabo con toda la diligencia y pericia debidas, resulta las más de las veces imposible, al menos en el grado de certidumbre que una condena criminal requiere”<sup>66</sup>.

Pese a ello y considerando la dificultad que entraña establecer la responsabilidad en el ámbito médico hay quienes razonan la conveniencia de su criminalización. En este sentido, poniendo en orden las cosas en relación a las ventajas y desventajas de la profesión médica, LACASSAGNE razona “el principio de la responsabilidad médica es una seguridad para los médicos instruidos, concienzudos y prudentes; es una amenaza constante para los temerarios, los audaces sin escrúpulos y los ignorantes imperturbables y es, al mismo tiempo, una barrera infranqueable contra las reclamaciones fantásticas, los caprichos y el *mal humor* de los pacientes”<sup>67</sup>.

En la actualidad la sociedad ya no se muestra impávida o pasiva en la relación médico-paciente, quizá porque ha dejado de ver en el profesional sanitario (especialmente en el médico) a un ser omnipotente, infalible, y sobre todo, «incuestionable».

---

<sup>65</sup> LÓPEZ BOLADO, J.: Los médicos y el Código penal, Ed. Universidad, Buenos Aires. 1987, p. 28.

<sup>66</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, A.: Derecho penal de la culpa, Ed. Bosch, Barcelona. 1958, p. 504. En la jurisprudencia la STS de 5 de febrero de 1981 (ROJ 3974/1981) (Pte. Huerta y Álvarez de Lara) “...lo que se incrimina y da origen a la responsabilidad criminal médica «no son errores de diagnóstico» ni aun falta de extraordinaria pericia en el desarrollo de actividades quirúrgicas, al no ser exigibles en este ni en ningún aspecto de la vida social la infalibilidad, sino que la culpa estriba en un comportamiento inadecuado a determinadas exigencias y medios”.

<sup>67</sup> LACASSAGNE cit. en LÓPEZ BOLADO, J.: Los médicos y el Código penal, Ed. Universidad, Buenos Aires. 1987, p. 29.

Las personas (usuarios) demandan de los profesionales sanitarios mayor precisión así como una prestación de mayor calidad<sup>68</sup>, siendo su responsabilidad incontrovertible cuando está de por medio la salud y la vida, ya que la menor imprudencia, descuido o negligencia más leve, adquiere una dimensión que le confiere una singular gravedad no habiendo cabida para culpas pequeñas<sup>69</sup>, ya que “el recto ejercicio de la medicina es incompatible con actitudes artificiales”<sup>70</sup>. No obstante, juzgar si la actuación fue correcta o no como en repetidas veces se ha manifestado, no es baladí. No obstante, haciéndonos de las palabras de QUINTANO RIPOLLÉS “El *quid* del asunto estriba en la valoración de la entidad del error, en el *quantum* de su inexcusabilidad, que es precisamente la que da lugar al reproche. Y esto es

---

<sup>68</sup> BENITEZ ORTÚZAR, I. y CRUZ BLANCA, M.: “La imprudencia punible en el ámbito de la actividad médico-quirúrgica”, en *Estudios jurídicos sobre la responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, MORILLAS CUEVA, L. (dir.) Ed. Dykinson S.L., Madrid. 2009, p. 157, respecto del progresivo interés del paciente en una mejor calidad del servicio médico: “Probablemente por la transformación que se ha producido en las últimas dos décadas en la relación médico-paciente con el paso de una concepción de la Medicina paternalista a la que deriva del conocimiento de la autonomía de la voluntad del paciente, se ha producido un incremento desorbitado del interés del ciudadano por el funcionamiento de los servicios sanitarios exigiéndose una prestación de mayor calidad, lo que, al tiempo, ha producido un incremento en progresión constante de las quejas y demandas judiciales contra los médicos [...] cada vez es mayor la interposición de reclamaciones por vía penal”. Revisados los informes de la Asociación Española del Defensor del Paciente, en su memoria anual de 2018, han sido recibidas 14.335 casos de negligencias médicas (352 más que en 2017), de los cuales 810 han sido con resultado de muerte (29 más que en 2017).

<sup>69</sup> *Ibíd.*, p. 158, advierte sobre propiciar por parte del profesional sanitario y de manera específica de los médicos a una “medicina defensiva”, esto es, que se llegue a prescribir pruebas diagnósticas o tratamientos absolutamente innecesarios con la única finalidad de asegurarse frente a hipotéticas las reclamaciones y salvar así una posible declaración de responsabilidad. En este sentido, HAVA GARCÍA, E.: *La imprudencia médica*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2001, p. 14, “Obviamente la extensión indiscriminada de esta práctica, consiste en prescribir análisis, exploraciones o tratamientos innecesarios al paciente con el solo objeto de salvar las hipotéticas responsabilidades del médico, puede producir, además de un cuantioso e inútil gasto de las arcas públicas, un irremediable atasco en los servicios que prestan las instituciones sanitarias”. A forma de referencia y pese a la época MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.: *La imprudencia punible en la profesión sanitaria según la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Ed. Colex, Madrid 1985, p. 34, hablaba de 43 fallos del TS, el primero de 27 de enero de 1985, el último de 24 de noviembre de 1984, 25 veces el citado órgano jurisdiccional ha condenado por imprudencia temeraria, lo que venía a suponer un 58,1% del total, bien por confirmación de la resolución recurrida, lo que ocurre 22 veces, y , y otras 2 por revocación de la sentencia de instancia, que había condenado por imprudencia simple con infracción de reglamentos. Citando de igual forma un añejo auto de inadmisión de querrela.

<sup>70</sup> LÓPEZ BOLADO, J.: *Los médicos y el Código penal*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1987, p. 31.

claro que pertenece al ámbito de lo judicial, con lo debidos asesoramientos periciales, sin duda, pero con absoluta libertad estimativa en conciencia”<sup>71</sup>.

### 3.2. El deber de cuidado

En todas las actividades del hombre está presente la obligación del deber de cuidado<sup>72</sup>, especialmente cuando la actividad de que se trate representa mayor probabilidad de lesión a bienes jurídicos como el ámbito médico-sanitario<sup>73</sup>; arte en el que el accionar humano condiciona bienes jurídicos como la vida y la integridad física de las personas regulados con mayor o menor precisión<sup>74</sup> lo que implica enorme complejidad el identificar la infracción del deber de cuidado<sup>75</sup> dado que la medicina no es una ciencia exacta y siempre puede surgir en la práctica lo imprevisible y lo fortuito<sup>76</sup>. Si

---

<sup>71</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, A.: Derecho penal de la culpa, Ed. Bosch, Barcelona. 1958, p. 505. Respecto de errores inexcusables, vid. STS de 23 de febrero de 1979 (ROJ 4869/1979) (Pte. Cotta Márquez De Prado) Médico que es condenado por no advertir mayores cuidados en paciente con dos meses de gestación, a quien diagnostica un supuesto cólico. Falleciendo la paciente por anemia aguda por hemorragia interna a causa de la rotura de trompa uterina en un embarazo tubárico; STS de 25 de noviembre de 1980 (ROJ 3986/1980) (Pte. Latour Brotons) condena a médico que diagnostica erróneamente a chico me fallece por infección por material quirúrgico contaminado; STS de 5 de febrero de 1981 (ROJ 3974/1981) (Pte. Huerta Y Álvarez De Lara) condenan a cirujano que torpemente no asocia a tiempo síntomas de gangrena gaseosa en brazo derecho de niña de seis años, por lo que tienen que amputárselo.

<sup>72</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: Resultado lesivo e imprudencia, Ed. J.M. Bosch, Barcelona. 2001, p. 250, explica que “en el delito imprudente la norma penal no es una norma directa de evitar hechos típicos sino una norma indirecta de evitarlos mediante cuidado”.

<sup>73</sup> La medicina como ciencia inexacta en donde lo imprevisible siempre estará a la orden del día, disciplina en la que procedimientos que en determinadas condiciones –v. gr. temporalidad– resultan eficaces con el pasar del tiempo ya no lo pueden ser a causa de la continua evolución de esta ciencia o, viceversa, técnicas que en su momento son consideradas como arriesgadas e improvisadas en un futuro no muy lejano se constituyen en pautas reconocidas a seguir o, por lo menos, en procedimientos estándar.

<sup>74</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p. 64.

<sup>75</sup> El juez en el caso particular a de averiguar a través de un juicio de aptitud concreto la potencialidad lesiva de la acción a través de la infracción del deber de cuidado, llenando los vacíos que le legislador no puede satisfacer con presunciones.

<sup>76</sup> HAVA GARCÍA, E.: La imprudencia médica, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2001, p., 57. En este sentido, la STS de 8 de junio de 1994 (ROJ. 4428/1994) (Pte. Moyna Ménguez) Fundamento de Derecho tercero, explica: “La exigencia de responsabilidad al médico presenta varias dificultades porque la ciencia que profesan es inexacta por indefinición, confluyen en ella factores y variables totalmente imprevisibles que provocan serias dudas sobre la causa determinante del daño, y a ello se añade la necesaria libertad del médico que nunca debe caer en audacia o aventura. La relatividad científica del arte médico (los criterios inamovibles de hoy dejan de serlo mañana), la libertad en la medida expuesta, y el escaso papel que juega la previsibilidad, son notas que caracterizan la actuación de estos profesionales”.

bien es cierto que en el desarrollo de las actividades sociales dicha protección es necesaria en salvaguarda de los bienes jurídicos en juego en los que el riesgo de peligro es potencial, dicha regulación debe ser cauta<sup>77</sup>, pues llegar a establecer una suerte de prohibición a todas las actividades que impliquen riesgo conduciría a la sociedad a un alto grado de paralización<sup>78</sup>, significando un ataque al libre desarrollo de la personalidad, acarreado una suerte de neurosis colectiva<sup>79</sup>. Es obvio que existen infinidad de acciones peligrosas que la sociedad consiente y hasta acoge positivamente en beneficio al desarrollo y el progreso<sup>80/81</sup> (utilidad social); sin embargo, en un sistema en el que se adscribe la capacidad de actuar libremente se hace necesario establecer el deber de planificación o de cuidado con las conductas que representen una potencial lesión para los demás<sup>82</sup>. En palabras de MAURACH, el deber de cuidado “estriba pues, en principio, no en la omisión de la industria peligrosa, sino en el aseguramiento del mundo circundante ante específicos peligros”<sup>83</sup>.

---

<sup>77</sup> Querer descartar estos riesgos significaría la paralización del progreso. De ahí que el Derecho no conozca ninguna prohibición general de peligro, y que las prohibiciones especiales de riesgos (limitaciones de velocidad, limitaciones a prescribir determinados medicamentos, etc.) solamente estén justificados cuando el peligro especial exceda al adelanto técnico de la explotación, vid. MAURACH, R.: Tratado de Derecho Penal, t. II, traducción y notas de CÓRDOBA RODA, Juan, Ed. Ariel, Barcelona. 1962, p. 240. FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del «fin de protección de la norma de cuidado» Ed. J.M. Bosch, Barcelona. 2001, p. 289, recalca una importante cuestión: “La evolución de la vida social y, sobre todo, los avances técnicos han hecho que el deber de cuidado haya dejado de considerarse sólo como mera evitación de conductas peligrosas para pasar a considerarse como *planificación de riesgos*”.

<sup>78</sup> TORIO LÓPEZ, A. cit. HÁLSCHNER: “El conocimiento de la antijuridicidad en el delito culposo”, en *ADPCP*, t. XXXIII, año 1980, p. 87.

<sup>79</sup> BUSTOS RAMÍREZ, J. y HORMAZABAL MALARÉE, H.: “Lecciones de Derecho Penal. Parte General”, Ed. Trotta, Madrid. 2006, p. 256.

<sup>80</sup> “Lejanos están los tiempos en que, ante la aparición de las primeras máquinas de vapor, los temerosos propugnaban la prohibición de su uso, porque las calderas podían estallar o porque, de ser aplicadas a vehículos, el desplazamiento pondría en peligro la seguridad general”, vid. TERRAGNI, M.: El delito culposo, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe-Argentina, 1894, p. 98.

<sup>81</sup> Se ilaga a sostener que: “...la *permisibilidad* del riesgo actúa excluyendo la *tipicidad* de la conducta en atención a ponderaciones relacionadas con la idea de *utilidad social*”, vid. GÓMEZ RIVERO, M.<sup>a</sup> C.: La responsabilidad penal del médico, 2.<sup>a</sup> edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2008, p. 389.

<sup>82</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del «fin de protección de la norma de cuidado» Ed. JM. Bosch, Barcelona. 2001, p. 258.

<sup>83</sup> Este autor hace referencia a una extensión del deber de cuidado bajo tres parámetros: “*valor social y habitual social del riesgo* en general, y grado de la *necesidad de realización* de una acción arriesgada en particular”, vid. MAURACH, R.: Tratado de Derecho Penal, t. II, traducción y notas de CÓRDOBA RODA, J., Ed. Ariel, Barcelona. 1962, p. 241.

### 3.2.1. Deber objetivo y subjetivo de cuidado

Conforme la tesis de ENGLISH, con la incorporación sistemática de la infracción del deber objetivo de cuidado al tipo de injusto de los delitos imprudentes, se originó una importante distinción sistemática entre el deber objetivo y el deber subjetivo de cuidado en la imprudencia. WELZEL, siguiendo el planteamiento del antes citado autor, explica que “sólo una vez que se ha constatado la falta de observancia del cuidado objetivo (y el desvalor del resultado, ocasionado por ella), se plantea el problema de la culpabilidad, es decir, hasta qué punto le puede ser reprochada al autor la falta de observancia del cuidado objetivo”<sup>84</sup>.

La doctrina entiende al deber de cuidado bajo dos vertientes: un deber de cuidado externo: objetivo o exógeno, y un deber de cuidado interno: subjetivo, individualizador o endógeno<sup>85</sup> (BINDING lo denomina “deber de examen previo-”)<sup>86</sup>. *El deber de cuidado externo*, integrado por elementos normativos y fácticos. Los primeros, identificados por algunos autores como reglas de cuidado: aquellas reglas o normas extrapenales escritas o no, que ordenan una determinada actividad; y, los fácticos, constituidos por los factores que rodean la situación en la que se desarrolla la concreta conducta del sujeto, esto es: tiempo y lugar. *El deber de cuidado interno*, configurado por las características propias del sujeto que lleva a cabo la acción: los conocimientos y las capacidades. De esta forma según sea el modelo que se adopte de estos dos elementos descritos, el deber de cuidado se lo podrá entender de una forma objetiva o subjetiva.

---

<sup>84</sup> WELZEL, H.: El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista. Traducción castellana y notas por CERESO MIR, J., Ed. Ariel S. A, Barcelona. 1964, p. 75.

<sup>85</sup> LUZÓN PEÑA D.: Lecciones de Derecho Penal, Ed. Tirant lo Blanch, 3ª edición, Valencia. 2016, p. 287, se refiere al cuidado externo: como el actuar tomando las precauciones ante el peligro advertido o incluso evitar realizar la actuación peligrosa; y, al cuidado interno: como el deber de advertir o prever la peligrosidad de la conducta. Terminología esta del deber de cuidado interno, que cierto sector doctrinal lo rechaza, aludiendo a un actuar con prudencia.

<sup>86</sup> MIR PUIG S.: Derecho Penal. Parte General, Ed. Reppertor, 10ª edición, Barcelona. 2015, p. 299.

Así las cosas, analizado *supra* el cambio sistemático de la imprudencia y haber determinado que el elemento central del delito imprudente estriba en el deber de cuidado<sup>87</sup> (no existe imprudencia sin haber infringido este deber) este elemento servirá como baremo de corrección para valorar la acción llevada a cabo por el sujeto en cuestión. Ahora bien, sin pretender desarrollar una concepción personal del injusto imprudente, ya que acabaría excediendo las pretensiones de este trabajo, resulta oportuno en este apartado sentar el punto de partida en *pro* de la determinación del deber de cuidado en el ámbito médico-sanitario. De esta manera, lo conveniente es establecer la forma en la que se completa el tipo penal imprudente en el ámbito que nos ocupa, tarea que dicho sea de paso le correspondería al juzgador<sup>88</sup>.

---

<sup>87</sup> Contrarios al deber de cuidado, sostienen que habrá un comportamiento imprudente a partir de la superación del riesgo permitido y su correlativa realización en el resultado prohibido por la norma penal, *vid.* CALDERÓN TELLO, F.: Ensayo acerca del Tipo Culposo o Imprudente en Derecho Penal y su Relación con la Imputación Objetiva, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra. 2016, p. 64 y ss; JAKOBS, G.: “El delito imprudente (1974)”, en JAKOBS, G.: *Estudios de Derecho Penal*, trad. Y Estudio Preliminar por PEÑARANDA RAMOS, E., SUÁREZ GONZALEZ, C., CANCIO MELIA, M., Ed. Civitas, Madrid. 1997, p. 172 “A modo de ejemplo: puede que el paseante esté en condiciones de darse cuenta de que va a pisar un determinado tipo de escarabajo; sólo si además de ello puede saber que ello está prohibido –por ejemplo, por razones de protección del medio ambiente–, tiene una razón jurídicamente relevante para omitirlo. En contra a esta posición –la no existencia de un concreto deber de cuidado– REYES ROMERO, I.: “Sobre la construcción de exigencia de cuidado”, en *Política Criminal*, vol. 10, núm. 19, julio 2015, p. 60 “...la imprudencia se construye de acuerdo a un estándar objetivo de cuidado que incorpora los conocimientos y capacidades del sujeto”.

<sup>88</sup> Advirtiendo sobre la difícil tarea del juzgador: “Preocupación fundamental en la actuación de los Tribunales debe ser la de conducirla sin rozar la esfera científica propia y exclusiva de la profesión. Si al juez instructor o a la Sala que ha de fallar le es permitido investigar hasta donde se considere conveniente para concretar la responsabilidad del inculpado, es evidente que esta investigación habrá de detenerse ante el examen de teorías o de métodos científicos, sin tomar partido por tal o cual de aquéllos o de éstos. Su actuación queda restringida a estudiar los hechos que se le presentan para deducir la falta, si existe, en cuanto pueda derivar de culpa o negligencia; pero absteniéndose de afrontar por sí, esto es, sin la cooperación de peritos técnicos, toda cuestión de orden científico, de teoría o de práctica médica, de pronunciarse, en fin, sobre la oportunidad de una operación o la eficacia de un tratamiento”. BENZO CANO E.: *La responsabilidad profesional del médico*, Ed. Escelicer, Madrid. 1994, p. 152. MUÑOZ CONDE, F y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, 9.<sup>a</sup> edición, Valencia. 2015, p. 304, refiere a que será el juez o el intérprete quienes deban establecer el contenido de la conducta imprudente; CHOCLÁN MONTALVO, J.: *Deber de cuidado y delito imprudente*, Ed. Bosch, Barcelona. 1998, p. 95 “... el perito aporta la juez el contexto empírico a tener en cuenta, pero corresponde siempre al juez la tarea de formar el juicio jurídico de valor”. FRISCH, W.: “Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo”, en MIR PUIG, S. y LUZÓN PEÑA, D. (coord.): *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Ed. JM Bosch, Barcelona.1996, p. 120, expone dos caminos para que el juzgador pueda apreciar un comportamiento de responsabilidad: regulaciones ya concretas y establecidas en determinado sector –instrucciones de corporaciones profesionales–; y, la que le proporciona el Derecho penal, la infracción de una conducta”; Código Penal con

Llevando esta problemática al ámbito de nuestro estudio que es lo que corresponde, HAVA GARCÍA<sup>89</sup> ilustra esta cuestión con el ejemplo arquetípico del cirujano extraordinario que realiza una operación quirúrgica sin hacer uso de sus especiales facultades y debido a ello el paciente muere o resulta lesionado en la sala de operaciones. De forma paralela, se menciona al cirujano infradotado que realiza la misma intervención con una capacidad y conocimientos inferiores a los del cirujano «medio».

### 3.2.1.1 Las capacidades y los conocimientos del sujeto activo

Pese a que la doctrina se encuentra dividida respecto a la naturaleza del deber de cuidado<sup>90</sup>, el problema radica en si conforme a un modelo subjetivista o individualizador los conocimientos y las capacidades deben incluirse ya en el tipo penal al valorar la conducta del sujeto<sup>91</sup>; o si por el contrario defendiendo un modelo objetivista se debe prescindir de los conocimientos y capacidades al analizar el deber de cuidado en el tipo, relegándolos a la culpabilidad.

Posiciones que sin abandonar la tesis normativista y sin devolver la imprudencia a la culpabilidad, mantienen una concepción subjetiva y por consiguiente individualizadora del deber de cuidado<sup>92</sup>. En una posición

---

Jurisprudencia Sistematizada, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (dir.), 6.ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2016, p. 897, se referencia a jurisprudencia que llega a hablar de “conciencia del tribunal” para formar juicio con base de la constatación pericial.

<sup>89</sup> HAVA GARCÍA, E.: La imprudencia médica, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2001, p. 63.

<sup>90</sup> En desacuerdo con el deber de cuidado, *vid.* JAKOBS, G.: *Estudios de Derecho Penal*, trad. Y Estudio Preliminar por PEÑARANDA RAMOS, E., SUÁREZ GONZALEZ, C., CANCIO MELIA, M., Ed. Civitas, Madrid. 1997, p. 172; BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Principios del Derecho penal. PG*, 4ª edición, Ed. Akal/lure, Madrid, 1998, pp.245 y 246, “...detrás del elemento infracción del deber de cuidado se ocultan diversos elementos de imputación, que caracterizan de una manera más precisa los presupuestos de la imprudencia que aquella cláusula general”; además, CALDERÓN TELLO, F.: *Ensayo acerca del Tipo Culposos o Imprudente en Derecho Penal y su Relación con la Imputación Objetiva*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra. 2016, p. 64 y ss.

<sup>91</sup> Manteniendo esta tesis, ZUGALDÍA ESPINAR J.: *La infracción del deber individual de cuidado en el sistema del delito culposos*, Ed. Universidad de Granada, Granada. 1983, p. 328, explica: “los límites del injusto típico en el delito culposos los señala la infracción del deber individual de cuidado”.

<sup>92</sup> Posición mantenida “sobre todo por la preocupación por considerar imprudente y no dejar impune el caso de no empleo por el sujeto de especiales conocimientos o capacidades, superiores a los de la media de ciudadanos o profesionales y con los que podría haber evitado el resultado típico. En cambio, cuando se trata de conocimientos o capacidades inferiores a las

extrema, hay quienes llegan a defender la ubicación del deber objetivo de cuidado en la culpabilidad<sup>93</sup>.

### 3.2.2. Posiciones objetivas del deber de cuidado

Quienes entienden al deber de cuidado desde el punto de vista objetivo lo enfocan como un elemento del tipo de injusto configurándose una suerte de baremo general de cuidado sobre el que se ha de valorar la conducta del agente<sup>94</sup>. Baremo que la doctrina lo denomina: hombre inteligente y cuidadoso, el hombre que se comporta del modo jurídicamente ideal o esperado, el hombre medio ideal<sup>95</sup>, el hombre razonable y prudente, el hombre recto y seguro de sus actos, *reasonable and prudentman*, el padre de familia<sup>96</sup>, el hombre diligente, el *bonus paterfamilias*<sup>97</sup>, el *homunculus normalis*<sup>98</sup>, figura

---

normales, hay ciertas contradicciones en esta posición, pues se suele utilizar un criterio objetivo y no subjetivo para excluir del tipo imprudente el riesgo permitido, y por otra parte algún autor como STRATENWERTH sostiene que, si el sujeto no está en condiciones de cumplir el deber general de cuidado y puede darse cuenta de ello, debe abstenerse de actuar y de lo contrario comete imprudencia". LUZÓN PEÑA, D.: Lecciones de Derecho Penal. Parte General. 3ª edición, Valencia. 2016, p. 284.

<sup>93</sup> Vid. TORIO LÓPEZ, A.: "El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos", en *ADPCP*, t. 27, enero, 1974, p. 57, considera al deber de cuidado objetivo como limitador del juicio sobre la culpabilidad individual.

<sup>94</sup> Es importante la aclaración que realiza RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid.2012, p. 158, quien manifiesta: "[...] el deber de cuidado, como manifestación de la norma penal, se dirige a todos los sujetos por igual, ya que existe con independencia de que un sujeto concreto no sea motivado por él o no posea la capacidad o los conocimientos para obrar conforme a aquél".

<sup>95</sup> No obstante, desde la psiquiatría se critica, que tanto la doctrina como la jurisprudencia identifiquen al hombre medio con el común de los hombres; negando dicha comparación en razón de que "cada ser humano tiene su personalidad independiente de los demás, cada acción es «su» acción que depende de esa personalidad, del entorno ambiental, de las condiciones sociales", vid., HIGUERA GUIMERA, J.: La eximente de miedo insuperable en el Derecho Penal Común Militar Español, Ed. Bosch, Barcelona. 1991, p. 34.

<sup>96</sup> GARCÍA HERNÁNDEZ, T., *et. al.*: "Presupuestos jurídicos del acto médico", en *Revista La Ley*, núm. 5, 1998, p. 1637.

<sup>97</sup> LUZÓN PEÑA, D.: Lecciones de Derecho Penal. Parte General, 3ª edición, Valencia. 2016, p. 283.

<sup>98</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: Derecho Penal. *PG*, Ed. Civitas, Madrid. 1977, p. 341. No obstante, se advierte que dicho *homunculus normalis*, no sería un criterio suficiente pues: "cuya conducta habrá de servir de modelo a toda la comunidad jurídica en situación determinada, criterio que, no obstante, aún no habría sido descubierto una sección transversal que establezca las exigencias que cabe dirigir a un conductor de un vehículo motorizado y a un cirujano es imposible de realizar", vid. MAURACH, R., GÖSSEL, K. y ZIPF, H.: Derecho Penal. *PG*, 2, trad. de la 7.ª edición alemana BOFILL GENZSCH, J., Ed. Astrea, Buenos Aires. 1995, § 43, 33, p. 145; en este sentido con mayor amplitud haciendo un importante análisis, vid.

esta que con la formulación de la teoría de la causalidad adecuada surgió la necesidad de determinar cuál de las diversas causas que desde el punto de vista de la equivalencia de las condiciones que intervienen en la realización de un suceso, debería ser tenida como penalmente “adecuada” para explicar el resultado<sup>99</sup>.

Ese hombre medio en la actividad médica: el médico cuidadoso, prudente, concienzudo; será el punto de referencia para valorar la conducta del agente en cuestión<sup>100</sup>. Así las cosas ¿condiciona la antijuridicidad de la actividad médico-quirúrgica el poder subjetivo del cirujano de comportarse conforme a la norma de cuidado? En otras palabras: ha de incluirse en el tipo de injusto de los delitos imprudentes, no sólo el deber objetivo de cuidado sino también el subjetivo que la doctrina dominante incluye en la culpabilidad?<sup>101</sup>. Infranqueable desde el punto de vista objetivo CERESO MIR es renuente a determinar la infracción del deber de cuidado bajo consideraciones subjetivas, pues a su parecer “no es posible que su contenido se determine en función de la capacidad individual. Si cada persona estuviera obligada únicamente a prestar el cuidado o diligencia que le fuere posible, según su capacidad y estuviera facultado, con esa condición, para realizar cualquier tipo de actividad en la vida social, se produciría el caos más absoluto”<sup>102</sup>. Con un criterio parecido, RODRÍGUEZ MOURULLO explica “mientras la desatención del

---

MAURACH, R.: Tratado de Derecho Penal, t. II, traducción y notas de CÓRDOBA RODA, Juan, Ed. Ariel, Barcelona. 1962, p. 239.

<sup>99</sup> Conforme esta propuesta menciona REYES ALVARADO, Y.: Imputación objetiva, Ed. Temis, Santa Fe de Bogotá-Colombia. 1994, p. 110 “se habrá actuado dentro de los límites socialmente permitidos cuando la conducta cuestionada coincida con la que habría desarrollado el ser ideal, mientras la acción será generadora de riesgos desaprobados cuando haya sido efectuada en forma diversa a como lo habría hecho el homúnculo”.

<sup>100</sup> No obstante, se advierte sobre la inconveniencia de tomar como referencia al hombre medio, debiéndose contar para medir la conducta en cuestión con el “hombre concienzudo y cuidadoso” del mismo círculo del tráfico al que pertenece el autor, *vid.* RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: Derecho Penal. PG, Ed. Civitas, Madrid. 1977, p. 341. En este sentido, TOLEDO y UBIETO, E. y HUERTA TOCILDO, S.: Derecho penal. PG, 2.<sup>a</sup> edición, Ed. Rafael Castellanos, Madrid. 1986, p. 619, advierte que la construcción de la norma de cuidado se la realizará tomando en cuenta a un hombre medio cuidadoso del mismo círculo o ámbito de relaciones que el del autor y Donato de similares conocimientos o aptitudes, y no haciendo referencia a un hombre medio sin más (término medio ideal, estadísticamente obtenible).

<sup>101</sup> JORGE BARREIRO, A.: La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Ed. Tecnos, Madrid. 1990, p. 42.

<sup>102</sup> CERESO MIR, J.: Curso de Derecho penal español. Parte General, 6.<sup>a</sup> edición, t. II, Ed. Tecnos, Madrid. 1998, p. 161.

cuidado *individual*, posible y exigible al autor concreto, pertenece a la culpabilidad, la infracción del deber *general* y objetivo de cuidado es una característica de la antijuridicidad de los delitos culposos<sup>103</sup>.

Según ROMEO CASABONA, el cuidado debido será *objetivo* y *normativo* haciendo referencia al cuidado que sea exigible a todo aquel que vaya a realizar una acción que entrañe cierto riesgo para los bienes jurídicos. Precizando que dicho cuidado deberá concretarse conforme al ámbito correspondiente (tráfico rodado, medicina, construcción, etc.) Sin embargo, advierte de la poca importancia del cuidado que el autor haya observado conforme a su propia capacidad, ni el que se observe de hecho en forma generalizada por el sector de población implicado<sup>104</sup>. La aclaración que este autor realiza respecto del reproche individual (conocimientos y capacidades) constituye un juicio que se efectuaría una vez constatada la tipicidad y la antijuridicidad del hecho, esto es, en la culpabilidad.

Al respecto la doctrina del Alto Tribunal resulta una vez más de alto rendimiento dogmático al referirse al deber objetivo de cuidado. En este sentido, explica: “Factor normativo o externo, representado por la infracción del deber objetivo de cuidado, traducido en normas convivenciales y experienciales tácitamente aconsejadas y observadas en la vida social en evitación de perjuicios a terceros, o en normas específicas reguladoras y de buen gobierno de determinadas actividades que, por fuerza de su incidencia social, han merecido una normativa reglamentaria o de otra índole, en cuyo escrupuloso atendimiento cifra la comunidad la conjuración del peligro dimanante de las dedicaciones referidas; hallándose en la violación de tales principios o normas socioculturales<sup>105</sup> o legales, la raíz del elemento de antijuridicidad detectable en

<sup>103</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: Derecho Penal. PG, Ed. Civitas, Madrid. 1977, p. 341. En el mismo sentido *vid.* GIMBERNAT ORDEIG, E.: Introducción a la parte general del Derecho penal español, Ed. Universidad Complutense. Facultad de Derecho, Madrid. 1979, p. 127.

<sup>104</sup> ROMEO CASABONA, C.: “El tipo del delito de acción imprudente”, en SOLA RECHE, E. y BOLDOVA PASAMAR, M. (coord.) Derecho Penal. PG. 2.<sup>a</sup> edición, Ed. Comares, Granada. 2016, p. 135.

<sup>105</sup> Respecto de esta norma, *vid.* STS de 19 de diciembre de 1983 (ROJ 512/1983) (Gómez de Liaño Cobaleda) “Sobre la antijuridicidad, que se capte la violación de la norma socio-cultural que reclama el deber de actuar, de forma determinada, dentro de la convivencia humana, impuesta de modo genérico o de aquel otro deber específico que exige el ejercicio de

las conductas culposas o imprudentes, al provocarse la violación de las susodichas normas exigentes en el deber de actuar de una forma determinada erigida en regla rectora de un sector actuacional”<sup>106</sup>.

### 3.2.3. Posiciones subjetivas del deber de cuidado

En contraposición a la teoría objetiva, de igual forma hay quienes consideran posible un deber de cuidado desde una perspectiva subjetiva, esto es, apreciar el deber de cuidado desde las *capacidades y conocimientos* del agente. De esta forma, se busca determinar si entran en juego a nivel de la tipicidad elementos subjetivos tal y como ocurre en los delitos dolosos.

REYES ALVARADO entiende que el médico dueño de conocimientos especiales adquiridos mediante personales investigaciones no tendrá la obligación de aplicarlos puesto que a él, solo le sería exigido un comportamiento acorde con las reglas médicas imperantes<sup>107</sup>. CHOCLÁN MONTALVO desde una óptica individualizadora (subjetiva) mantiene que tanto los conocimientos especiales del autor como su capacidad individual son circunstancias que deben valorarse en orden a la cognoscibilidad del riesgo, y por tanto, son fundamentalmente problemas del tipo subjetivo del delito imprudente<sup>108</sup>. CORCOY BIDASOLO, partidaria de una concepción

---

concretas y determinadas actividades”; STS de 3 de octubre de 1997 (ROJ 5836/1997) (Pte. García-Calvo Montiel) “...en relación con el deber de cuidado, de transgresión de una norma socio-cultural que está demandando la actuación de una forma determinada, que integra el elemento normativo externo”.

<sup>106</sup> STS de 28 de diciembre de 1990 (ROJ 9862/1990) (Pte. Soto Nieto).

<sup>107</sup> De igual forma el ingeniero que gracias a sus personales investigaciones ha desarrollado una nueva técnica de construcción antisísmica con beneficios superiores a la reconocida y recomendada en su círculo profesional, no tendría la obligación de emplearla, *vid.* REYES ALVARADO, Y.: Imputación objetiva, Ed. Temis, Santa Fé de Bogotá-Colombia. 1994, p. 131. Contrario a esta posición STRATENWERTH, G.: Derecho Penal. PG I. El hecho punible, trad. CANCIO MELIA, M. y SANCINETTI, M., Ed. Thomson-Civitas, Madrid. 2005, p. 421 “no se puede entender por qué razón, en una operación riesgosa, un cirujano especialmente capacitado debiera estar obligado a emplear sólo aquellas técnicas y habilidades que configuran el estándar mínimo para cualquiera que quiera actuar como cirujano. Nuevamente es ilustrativa la comparación con el autor de omisión: si un guardavidas que es un excelente nadador, va en auxilio de un bañista que está a punto de morir ahogado sólo con la destreza de un mandador intermedio y por eso llega demasiado tarde, nadie dudaría de la responsabilidad”.

<sup>108</sup> CHOCLÁN MONTALVO, J.: Deber de cuidado y delito imprudente, Ed. Bosch, Barcelona, 1998, p. 51.

individualizadora del deber de cuidado manifiesta su desacuerdo con la figura del hombre medio a la que recurre la tendencia objetivista por resultar arbitraria, subjetiva y difícil de prueba la búsqueda de hombres ficticios<sup>109</sup>. Esta autora afirma que “es más inseguro generalizar que partir del individuo en concreto para objetivizar entresacando todo aquello que se exterioriza en la conducta y que es disponible a voluntad por el sujeto”<sup>110</sup>. De esta manera, se considera a la figura del hombre medio como imprecisa por ser muy general; esto se demostraría con el médico altamente especializado que en una intervención quirúrgica incurre en un error evitable para alguien con su especial preparación, en cuyo caso, no podría predicarse la existencia de un riesgo desaprobado en razón de que en su lugar el homúnculo con un conocimiento promedio de todas las especialidades no hubiera podido comportarse mejor<sup>111</sup>.

BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZABAL MALARÉE, hablan de la necesidad de un aspecto subjetivo en el delito imprudente, siendo una garantía ineludible e indispensable en un derecho penal moderno que el sujeto sepa que

---

<sup>109</sup> MAURACH, R.: Tratado de Derecho Penal, t. II, traducción y notas de CÓRDOBA RODA, J., Ed. Ariel, Barcelona. 1962, p. 239, es claro en precisar que es incorrecta o por lo menos inexacto, el partir del ciudadano medio o de una conducta del término medio exigible pues, se tiende al relajamiento, a resbalar por debajo de las fronteras inferiores, proponiendo partir de “*categorías sociales* más próximas al autor: lo decisivo es, según la situación real, la ética profesional del médico, conductor, monitor deportivo, arquitecto, etc. [...]lo decisivo no es la conducta del término medio exigible para mantener el orden público, sino los postulados que pueden dirigirse a ese término medio.

<sup>110</sup> Individualizar no implica subjetivizar y que generalizando no siempre se objetiviza. Con la figura del hombre medio se estaría afectando al principio de igualdad –posición objetiva–, lo que realmente afecta a este principio y al de justicia material es “tratar a los desiguales como iguales; exigir a todos el mismo nivel de cuidado obliga a que todos realicen el mismo grado de esfuerzo y aplicando este nuevo baremo común unos pueden más y otros menos”. «Al hombre le es más accesible conocer cuál es el esfuerzo que de él exige la sociedad que aquél que se exigiría al “hombre medio”», *vid.* CORCOY BIDASOLO, M.: El delito imprudente. Ed. PPU, Barcelona. 1989, p. 137. Criticando la tendencia doctrinal de subjetivizar el deber de cuidado (2006) *La imputación en el delito imprudente* (Tesis Doctoral) Universidad Complutense de Madrid, p.147 [Biblioteca de Tesis Doctorales y Publicaciones Académicas de la UCM] expone: “Quien tiene habilidades adicionales debe emplearlas y esto no quiere decir que el deber de prudencia pueda ser determinado de manera individual, pues esto destruiría la uniformidad que le es propia a la norma, como expresión del principio de que los hombres son iguales ante la ley”.

<sup>111</sup> REYES ALVARADO, Y.: Imputación objetiva, Ed. Temis, Santa Fé de Bogotá-Colombia. 1994, pp. 111 y s. Este autor hace referencia a que ese hombre ideal debería pertenecer al círculo de actividades del autor, admitiendo dentro de la valoración del riesgo la inclusión de los conocimientos especiales del autor, y considerando la hipotética actuación del imaginario hombre prudente no sobre condiciones ideales sino en la situación concreta en que el autor se encontraba al momento de desarrollar el hecho.

está llevando a cabo una actividad de alto riesgo y que por esa razón se le exige un determinado cuidado. Lo contrario sería pura responsabilidad objetiva<sup>112</sup>. MAURACH, QUINTEROS OLIVARES, parecen mostrar una clara posición subjetivista para determinar el deber de cuidado, aduciendo que el juzgador no solo tendrá en cuenta el hombre medio, sino que deberá “entrar a valorar las especiales capacidades o limitaciones del sujeto al que se juzga en relación con su personal capacidad de previsión y de control de los riesgos posibles”. Haciendo gráfica su posición, hace referencia al estudiante de medicina carente de toda experiencia en cirugía que intenta una operación muy arriesgada y fracasa en el intento<sup>113</sup>. La misma conducta realizada por un experto cirujano no puede ser «igualmente típica» desde el primer momento para ambos, sino que la primera puede ser típica por infringir la norma general de cuidado y la segunda lo sería solamente si el cirujano violara sus propias normas personales de prudencia. Así las cosas, se afirmará o negará “la presencia de injusto típico no sólo cuando hayamos valorado las posibilidades de conocer del hombre medio, el deber objetivo de cuidado, *sino también su capacidad y deber personal de cuidado*”<sup>114</sup>.

Finalmente, es de destacar la postura en contrario mantenida por JAKOBS, quien niega la existencia de un deber o infracción de cuidado, asegurando que dicho deber surge de la norma. Así, el maestro alemán explica que “en el delito de comisión el autor no es que deba obrar cuidadosamente, sino que debe omitir el comportamiento descuidado. Ejemplo: En el ámbito de

<sup>112</sup> A quien no está en condiciones para participar, se le exige no hacerlo y a quien tiene aptitudes superiores pertinentes en el ámbito de relación, se le exige aplicarlas, *vid.* BUSTOS RAMÍREZ, J. y HORMAZABAL MALARÉE, H.: Lecciones de Derecho Penal. PG, Ed. Trotta, Madrid. 2006, p. 303.

<sup>113</sup> Al respecto, la jurisprudencia nos trae varios casos de Médicos Internos Residentes, *vid.* STS de 28 de diciembre de 1990 (ROJ 9862/1990) (Pte. Soto Nieto) condena por imprudencia temeraria a Médico Interno Residente de primer año de prácticas y especialización en régimen rotatorio al Servicio de Anestesia y Reanimación, causa lesiones a paciente al intervenir en una operación por sí solo sin dar aviso al Jefe del Servicio; STS de 8 de junio de 1989 (ROJ 3424/1989) (Pte. García Ancos) condena a Médico Interno Residente por una falta de imprudencia simple sin infracción de reglamentos por error de diagnóstico, lo que desencadena graves lesiones en niño que sufre una caída golpeándose la cabeza; STS de 15 de enero de 1986 (ROJ 49/1986) (Pte. Latour Brotons) condena a MIR por falta de simple imprudencia por prescribir erróneamente a causa de falta de información por Médico Adjunto, un medicamento al cual el paciente era alérgico, produciéndole la muerte.

<sup>114</sup> QUNTERO OLIVARES, G.: Parte General del Derecho Penal, 4.<sup>a</sup> edición, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra. 2010, p. 380.

la comisión no se prescribe manejar las cerillas con cuidado, sino que se prohíbe el manejo descuidado; no existe un deber de manejar”<sup>115</sup>.

#### 2.2.4. Posiciones intermedias del deber de cuidado

No obstante a los posicionamientos esgrimidos en líneas precedentes, entre la doctrina no faltan posicionamientos con teorías intermedias, aproximándose unas al deber objetivo de cuidado y otras a una teoría individualizadora. LUZÓN PEÑA, sin abandonar la teoría objetivista y manteniendo al hombre inteligente y cuidadoso matiza la teoría objetiva-general incluyendo los conocimientos especiales o superiores del autor<sup>116</sup>. No obstante, hay que destacar la distinción que hace entre los conocimientos y las capacidades especiales y superiores, pues como lo asevera TERRAGNI “puede existir conocimiento sin capacidad, pero no capacidad sin conocimiento”<sup>117</sup>.

De esta forma, LUZÓN PEÑA indica que infringirá el deber de cuidado quien no haga uso de los conocimientos (lo que le permitiese prever la realización del tipo) al haber previsibilidad objetiva en razón de que éstos son perfectamente transmisibles, *v.gr.* un buen médico podría conocer y aprender el nuevo procedimiento de detección de anomalías, cuestión que no se daría con las capacidades especiales (pericia, habilidad) por ser personales e intransferibles; en consecuencia, de darse el caso en que las capacidades no lleguen a hacer utilizadas (capacidades) limitándose el cirujano, el corredor de vehículos de carreras, el tirador, etc., a llevar una actividad arriesgada con la misma técnica o pericia que emplease un ciudadano bien preparado y

<sup>115</sup> JAKOBS, G.: Derecho Penal. *PG*, trad. CUELLO CONTRERAS, J. y GONZÁLEZ DE MURILLO, J., 2.ª edición, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid. 1995, p. 384.

<sup>116</sup> LUZÓN PEÑA, D.: Lecciones de Derecho penal. *PG.*, 3.ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2016, p. 284, denomina al deber subjetivo de cuidado como “incapacidad subjetiva de cumplir el auténtico deber de cuidado”.

<sup>117</sup> Esta circunstancia se hace notoria en el médico cirujano que posea un saber teórico completo, pero si no ejercita, si no realiza intervenciones de manera continua, carecerá de capacidad. No por nada se menciona a los errores médicos como debidos a mala *praxis*, *vid.* TERRAGNI, M.: (2006) *La imputación en el delito imprudente* (Tesis Doctoral) Universidad Complutense de Madrid. p. 145[Biblioteca de Tesis Doctorales y Publicaciones Académicas de la UCM].

cuidadoso pero sin capacidades superiores no se infringiría el deber objetivo-general de cuidado y por tanto se actuaría sin imprudencia<sup>118/119</sup>.

MIR PUIG, sin abandonar la objetividad y haciendo referencia a la tendencia mayoritaria alemana, distingue entre infracción del deber objetivamente exigible en el tráfico y el poder individual del autor (incluyendo el primero en la antijuridicidad y lo segundo en la culpabilidad)<sup>120</sup>. De esta manera el deber de cuidado se ha de concebir como baremo objetivo para evaluar la conducta en razón que la norma penal en sede de injusto va dirigida a todos por igual; el no asimilarla en razón de los conocimientos y capacidades inferiores al nivel medio que le supone a una persona cuidadosa, dicho autor lo endosa a la culpabilidad y no antes. Luego, respecto a los conocimientos superiores coincide con la posición de LUZÓN PEÑA incorporando los mismos por ser perfectamente transmisibles al sujeto<sup>121</sup>.

Desde una perspectiva distinta, MIR PUIG cuestiona la relevancia de las *aptitudes excepcionales* –que no conocimientos– contemplando dos posibilidades: a) “El cirujano deja de emplear su especial capacidad para practicar determinada técnica, no sólo adquirida por aprendizaje, sino debida a la especial capacidad del médico, y emplea sólo la que el cirujano medio puede utilizar”; y, b) “El cirujano normalmente mejor dotado que los demás para practicar un determinada técnica operatoria, el día de autos no logró demostrar su especial habilidad”. En el primer caso, se estaría infringiendo el deber de

---

<sup>118</sup> LUZÓN PEÑA, D.: Lecciones de Derecho penal. *PG.*, 3.<sup>a</sup> edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2016, pp. 283 y s.

<sup>119</sup> Al respecto se argumenta que: “*no hay nada que responda a la idea de un deber general de cuidado. Pues el deber hacer es individual y existe o no según las capacidades y potencialidades del individuo concreto*” (las cursivas son de origen) COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.: Derecho Penal. *PG.*, 5.<sup>a</sup> edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 1999, p. 646.

<sup>120</sup> MIR PUIG, S.: Derecho penal. *PG.*, 10.<sup>a</sup> edición, Ed. Reppertor, Barcelona. 2015, p. 300.

<sup>121</sup> En lo referente a las facultades sobresalientes, explica este autor, que de no ser empleadas de forma voluntaria, limitándose el autor a actuar como lo haría un hombre medio o profesional medio en las mismas circunstancias en que se encuentra aquel, tal conducta sería contraria a la norma de cuidado y, en su caso, antijurídica. Por el contrario, si el sujeto pese a emplear todas sus cualidades excepcionales no consigue ponerlas en práctica por razones ajenas a su voluntad (por ejemplo, hasta cierto punto, una mayor inteligencia), su conducta no resultará imprudente, siempre que haya obrado conforme las exigencias del deber objetivo de cuidado, *vid.* MIR PUIG, S.: Derecho penal. *PG.*, 10.<sup>a</sup> edición, Ed. Reppertor, Barcelona. 2015, p. 303.

cuidado al no haberse comportado de modo más diligente; pese a ello, en el segundo caso, tal infracción sería difícil de demostrar ya que el autor no quiso prescindir de ninguna de sus aptitudes y simplemente el cirujano el día de autos no se encontró en sus normales condiciones excepcionales<sup>122</sup>.

ROXIN toma partida de una posición combinada (objetiva y subjetiva) para la determinación del deber de cuidado. El maestro alemán parte de que «se ha de generalizar hacia “abajo” e individualizar hacia “arriba”», incluyendo en el baremo de cuidado los conocimientos y las capacidades *especiales* del autor, prescindiendo de los que están por debajo del baremo medio, ya que éstos no pueden excluir el injusto sino solo la culpabilidad<sup>123/124</sup>. El autor alemán le asigna razón a la teoría individualizadora en aquello que radica exclusivamente a su trascendencia práctica: en el terreno de las capacidades especiales. De esta forma, un participante medio en la circulación no actúa con imprudencia si un transeúnte se le echa encima del coche, de tal modo que un conductor dotado de capacidades normales no habría podido ya esquivarlo. Por eso, un “experto conductor de *rallies*, cuyas muy superiores habilidades en la conducción le permiten aún esquivar y dominar su coche cuando derrapa, debe sin embargo hacer usos de estas capacidades y se le ha de castigar por homicidio imprudente cuando por negligencia no lo hace. Cualquier otra concepción permitiría sin necesidad de sacrificio de una vida humana; ello sería incompatible con los fundamentos de nuestro ordenamiento jurídico. Tampoco un cirujano de primerísima calidad, respecto de cuyas técnicas y destreza no existe competencia posible en el plano internacional, puede operar a su paciente con resultado mortal, por rendir en la medida (muy por debajo de su

<sup>122</sup> MIR PUIG, S.: Derecho penal. *PG*, 10.ª edición, Ed. Reppertor, Barcelona. 2015, pp. 302 y s.

<sup>123</sup> ROXIN C.: Derecho penal. *PG*, tomo I, traducción de la 2.ª edición alemana y notas por LUZÓN PEÑA, D., GARCÍA CONLLEDO, M. y DE VICENTE REMESAL, J., Ed. Civitas, Madrid. 1997, p. 1015.

<sup>124</sup> En este sentido, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *et. al.*: Lecciones de Derecho penal. *PG*, 2.ª edición, Ed. La ley, Barcelona. 1999, p. 208, señala que: “La cuestión de los casos de poder individual inferior a lo general o medio es un problema que la doctrina mayoritaria sitúa en la culpabilidad –aunque lo correcto sería situarlo en el tipo subjetivo del injusto–, lo que podrá permitir que el hecho típico merezca una atenuación en la pena, o en su caso, la exclusión de la pena, pero que no debería impedir que el hecho persista como injusto, así por ejemplo, el médico que practica la operación se encuentra ese día obsesionado por la muerte de un amigo que le han comunicado al entrar en la sala de operaciones”.

nivel) correspondiente al estándar mínimo vigente para cirujanos medios”<sup>125</sup>. En consecuencia a esto, no puede suceder algo distinto con lo acontece en los delitos de omisión: “un campeón del mundo de natación que trabaja además como socorrista y que puede nadar el doble de rápido que sus colegas, no puede dejar ahogarse a un accidentado por ir sólo a la velocidad de los demás”<sup>126</sup>.

Finalmente, defendiendo un deber objetivo de cuidado condicionado a la observación del conocimiento, capacidad y experiencia del autor (no estandarizado)<sup>127</sup>, FEIJÓO SÁNCHEZ hace referencia al hombre medio como una figura abstracta, inexistente, un patrón de medida evanescente<sup>128</sup>, proponiendo valorar si el sujeto concreto estaba dispuesto a comportarse de forma cuidadosa, lo que a su juicio hace que se tenga que considerar el contexto de la acción así como ciertas características del sujeto concreto<sup>129</sup>. El autor aclara que la norma penal en cuanto norma de determinación no pretende que todos los individuos se comporten del mismo modo en una situación en la que se puede llegar a lesionar el bien jurídico, sino que motiva a que el individuo adopte el cuidado que esté a su alcance en aras de evitar la afección a ese bien. Sin embargo, tener en cuenta las capacidades y conocimientos del autor en el injusto, no significa adoptar un juicio

---

<sup>125</sup> ROXIN C.: Derecho penal. *PG*, tomo I, traducción de la 2.<sup>a</sup> edición alemana y notas por LUZÓN PEÑA, D., GARCÍA CONLLEDO, M. y DE VICENTE REMESAL, J., Ed. Civitas, Madrid. 1997, p. 1017. No obstante, se hace una distinción al respecto, con el “médico de cabecera que mediante investigaciones intensivas supera el antiguo estándar de tratamiento puede no obstante mantenerse en el antiguo estándar, pues no pertenece al papel del médico de cabecera un conocimiento especial de investigador”, *ídem.*, nota 70.

<sup>126</sup> ROXIN, C.: Derecho penal. *PG*, tomo I, traducción de la 2.<sup>a</sup> edición alemana y notas por LUZÓN PEÑA, D., GARCÍA CONLLEDO, M. y DE VICENTE REMESAL, J., Ed. Civitas, Madrid. 1997, p. 1017.

<sup>127</sup> Aunque por las razones que se podrá mirar más adelante, el autor vendría a defender una postura “eclectica” de deber de cuidado.

<sup>128</sup> En el mismo sentido, CORCOY BIDASOLO, M., ob. cit. 1989, p. 137, disiente con la figura del “hombre medio”, al considerarlo un hombre ficticio, una figura arbitraria, subjetiva y difícil de prueba.

<sup>129</sup> “El criterio objetivo de valoración consiste en enjuiciar si la decisión del autor previa al hecho típico es una decisión que cabe esperar en un ciudadano que se presupone motivado para respetar la norma de cuidado”, *vid.* FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del «fin de protección de la norma de cuidado» Ed. J.M. Bosch, Barcelona. 2001, p. 108.

discriminatorio, ni trasladar el juicio de la culpabilidad al injusto y de esta forma subjetivizarlo.

En este sentido, FEIJÓO SÁNCHEZ deja sentado que “la objetividad del juicio sobre la infracción de la norma depende de la valoración y no del substrato de la valoración”<sup>130</sup>. El Derecho penal garantiza que todo el mundo tiene una disposición mínima para evitar hechos típicos, pero no que todos van a hacer lo mismo y reaccionar de la misma manera, lo que este autor denomina “homogeneización de los individuos”; pues “el más capaz para una actividad rinde más con el mismo esfuerzo”<sup>131</sup>, *v.gr.* el cirujano altamente cualificado que comete un fallo mortal por su falta de atención en lo que está haciendo, realiza el tipo penal, aunque el 90% de los cirujanos hubiera cometido el mismo error prestando el máximo de atención. En definitiva, sentencia este autor, el criterio objetivo de valoración consiste en enjuiciar si la decisión previa al hecho típico del autor es una decisión que cabe esperar de un ciudadano que se presupone motivado para respetar la norma de cuidado; lo contrario, supondría su infracción. La capacidad para auto motivarse (ser motivado) por la norma no afectaría al juicio sobre el contenido de esta, sino al posterior juicio de culpabilidad.

No obstante de lo anterior, el referido autor reconoce que desde el punto de vista de las consecuencias prácticas esta postura no difiere radicalmente de la doctrina mayoritaria (objetivista), en referencia a si se tiene que exigir responsabilidad en los supuestos de imprudencia por asunción<sup>132</sup> *v.gr.* un joven de 14 años, una persona embriagada o drogada, un psicópata, o el epiléptico que pese a ser avisado por su médico de que no puede conducir, sufre un

---

<sup>130</sup> *Ídem.*

<sup>131</sup> *Ibíd.*, p. 107.

<sup>132</sup> *Ibíd.*, p. 113, manifiesta que: “Si el sujeto no es capaz de ser suficientemente cuidadoso por razón de su minoría de edad o por sufrir una alteración psíquica se trata de un problema relativo a la culpabilidad. Y en el resto de los casos es indiferente que se declare impune la conducta por no existir un injusto o porque exista un injusto culpable [...] Con una correcta construcción de la «imprudencia por asunción» no existen diferencia prácticas esenciales entre una media objetiva estandarizada y una media individualizada (mal denominada subjetiva) del cuidado. Mediante esta figura desaparecen los problemas político-criminales objetados por la doctrina mayoritaria manteniéndose las ventajas político-criminales que supone poder tener en cuenta para determinar la existencia de un injusto imprudente las capacidades sobresalientes”.

ataque de epilepsia conduciendo su automóvil y atropella a una persona, realizado con este comportamiento un injusto imprudente. Luego, habrá que analizar si su capacidad para respetar la norma de cuidado en el momento de ponerse a conducir estaba o no afectada por la enfermedad.

Dicho lo anterior, conforme lo señala FEIJÓO SÁNCHEZ, al parecer ningún autor defiende una norma de cuidado subjetiva. La gran mayoría se decanta por una óptica objetivista. La diferencia radica en que «la doctrina mayoritaria defiende un baremo objetivo-estandarizado (o abstracto) y los defensores del mal denominado “deber subjetivo de cuidado” en el injusto defienden un baremo objetivo-no estandarizado (o individual) mediante el que se debe tener en cuenta la especial incapacidad del autor o sus especiales capacidades»<sup>133</sup>.

### 3.3. La *lex artis*

Toda profesión arte u oficio posee su *lex artis* aunque los principios nucleares sean los mismos para todos: arquitectos, albañiles, médicos, curanderos; es igual, hacer bien las cosas con adecuada técnica y diligencia<sup>134</sup>. Pese a que la medicina es una rama –entre todas las demás– que lleva consigo innatamente complejidad en su desarrollo y que convive con procesos causales, leyes de la naturaleza, mecanismos biológicos y espirituales (deontológicos) que resultan desconocidos o poco conocidos por el ser humano, no es menos cierto que en el halo de su ejecución concurre una amalgama de circunstancias y misterios que hacen que tenga sentido la *lex artis (lege artis)*, siendo un compendio de ciencia y arte<sup>135</sup>. Por esta razón, es imprescindible esclarecer ¿qué se entiende por *lex artis*? ¿Cuál es su contenido? ¿qué papel juega en la determinación de la responsabilidad

<sup>133</sup> *Ibid.*, p. 107. En este sentido CHOCLÁN MONTALVO, J.: Deber de cuidado y delito imprudente, Ed. Bosch, Barcelona. 1998, p. 170, “el deber de cuidado se mide de acuerdo con la capacidad individual y los especiales conocimientos del profesional que le puede llevar en el caso concreto a un juicio distinto del comúnmente aceptado”.

<sup>134</sup> GARCÍA BLÁZQUEZ, M. y CASTILLO CALVÍN, J.: Manual práctico de responsabilidad de la profesión médica, 3.ª edición, Ed. Comares, Granada. 2001, p. 340.

<sup>135</sup> ROMEO CASABONA, C.: El médico ante el derecho, Ed. Ministerio de Sanidad y Consumo, 3.ª reimpresión, Madrid. 1990, p. 4.

médico-sanitaria? ¿cuál es su tratamiento en la jurisprudencia? Dicha determinación será crucial como elemento referente para la valoración de la infracción del deber de cuidado<sup>136</sup>.

CORCOY BIDASOLO, considera a la *lex artis* como un “principio que preside las actuaciones de los profesionales en el ejercicio de su oficio y, en particular, en el campo de las profesiones liberales, en las que existiendo reglamentaciones específicas, éstas no tienen una importancia determinante en la configuración del deber objetivo de cuidado por lo que será, en estos casos, la «lex artis» el principio rector de las actuaciones del personal médico, policía, abogados”<sup>137</sup>. El empleo de esta terminología introducida en la jurisprudencia española por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y esta a su vez con directa influencia de la doctrina científica alemana<sup>138</sup> suele ser acuñada por la doctrina de manera ambigua y poco precisa<sup>139</sup>, otorgándole varias concepciones.

<sup>136</sup> No obstante, se advierte que no son coincidentes la *lex artis* con el cuidado objetivo debido. Si bien la actuación conforme a la *lex artis* supone la observancia del cuidado objetivamente debido; no puede ser siempre cierta a la inversa: la sujeción a la *lex artis* no implica necesariamente la inobservancia del cuidado objetivamente debido, *vid.* ROMEO CASABONA, C.: El médico ante el derecho Ed. Ministerio de Sanidad y Consumo, 3.<sup>a</sup> reimpresión, Madrid. 1990, p.70. Más radical negando que la *lex artis* de la profesión médica y otros sistemas de regulación no formales tengan relevancia alguna para el sistema penal, a menos que, este las revalide, *vid.* PIÑA ROCHEFORT, J.: Rol social y sistema de imputación, Ed. Bosch, Barcelona, 2005, p. 401. En contrasentido, asociando la *lex artis* con el deber objetivo de cuidado, GARCÍA HERNÁNDEZ, T., *et. al.*: “Presupuestos jurídicos del acto médico”, en *Revista La Ley*, núm. 5, 1998, p. 1495, esgrime que podemos entender la *lex artis* como la aplicación de la reglas generales-médicas a casos iguales o parecidos o a la actuación conforme el cuidado objetivamente debido.

<sup>137</sup> La autora hace una distinción entre: norma de cuidado, norma penal; deber de cuidado, sin ser una norma penal, es la que determina una de las formas posibles en que se debe realizar la conducta para que ésta sea correcta; y, regla técnica o regla general de cuidado (*Verhaltensregeln*), *vid.* CORCOY BIDASOLO, M.: El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado, Ed. Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona. 1989, pp. 102 y ss.

<sup>138</sup> FERNÁNDEZ HIERRO, J.: Sistema de responsabilidad médica, 5.<sup>a</sup> edición, Ed. Comares, Granada. 2007, p. 682.

<sup>139</sup> “Borroso e incorrecto”, es como califica al término *lex artis*, FERNÁNDEZ HIERRO, J.: Sistema de responsabilidad médica, 5.<sup>a</sup> edición, Ed. Comares, Granada. 2007, p. 682, haciendo referencia a lo que predica ROMEO CASABONA, C.: El médico y el derecho penal. Ed. Bosch, Barcelona.1981, p. 162: “Al igual que se decía para la indicación médica, la valoración de si el facultativo se ajustó a la técnica correcta, corresponde a la Medicina y no a los juristas. Paralelamente, el juicio debe ser *ex ante*, es decir, teniendo en cuenta la situación antes de iniciar la intervención.

De esta manera se hace referencia a normas de cuidado no escritas producto de la experiencia<sup>140</sup>, en no pocas veces a normas escritas elaboradas por los propios intervinientes en las actividades de peligro, mismas que en algunos casos se contraponen con las emanadas por los poderes públicos<sup>141</sup>.

Pese a que tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia<sup>142</sup> han venido empleando el término *lex artis*<sup>143</sup>, no han vacilado en esbozar varias terminologías como: reglas del arte médico<sup>144</sup>, estado de la ciencia, opinión mayoritaria, máximas de reconocimiento general<sup>145</sup>, la técnica correcta, buena técnica médica<sup>146</sup>, directrices, normativa general de carácter socio-cultural<sup>147</sup>,

<sup>140</sup> Normas que derivan de la experiencia y la cultura, siendo el juzgador quien tendrá que determinar los límites del deber de cuidado. En esa labor indudablemente valorativa acudirá no sólo a criterios estereotipados, como la prudencia del hombre medio o normalmente previsor, sino también a valoraciones inseparables de la realidad de la imprudencia como injusto general y personal, *vid.* QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. (col.): Parte General del Derecho Penal, 5.ª edición, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra. 2015, p. 437.

<sup>141</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p. 98.

<sup>142</sup> Entre la jurisprudencia haciendo referencia a la *lex artis* médica *vid.* STS de 26 de junio de 1980 (ROJ 4565/1980) (Pte. Latour Brotons); STS de 5 de febrero de 1981 (ROJ 3974/1981) (Pte. Huerta Y Álvarez de Lara); STS de 15 de enero de 1986 (ROJ 49/1986) (Pte. Latour Brotons); STS de 22 de abril de 1988 (ROJ 2891/1988) (Pte. Vivas Marzal); STS de 27 de mayo de 1988 (ROJ 3994/1988) (Pte. Ruiz Vadillo); STS de 3 de octubre de 1997 (ROJ 5836/1997) (Pte. García-Calvo Montiel); STS de 1 de abril de 1998 (ROJ 2160/1998) (Pte. Martínez-Pereda Rodríguez); STS de 18 de noviembre de 1998 (ROJ 6831/1998) (Pte. Conde-Pumpido Tourón); STS de 25 de mayo de 1999 (ROJ 3629/1999) (Pte. Martín Canivell); STS de 19 de julio de 2002 (ROJ 5513/2002) (Pte. Jiménez Villarejo); STS de 14 de diciembre de 1992 (ROJ 14250/1992) (Pte. Hernández Hernández).

<sup>143</sup> Entre la doctrina española: HAVA GARCÍA, E.: La imprudencia médica, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2001, p. 56; BUSTOS RAMÍREZ, J., y HORMAZABAL MALARÉE, H.: “Lecciones de Derecho Penal. Parte General”, Ed. Trotta, Madrid. 2006, p. 307; JORGE BARREIRO, A.: La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Ed. Tecnos, Madrid. 1990, p. 44; GÓMEZ RIVERO, M.ª C.: La responsabilidad Penal del Médico, 2.ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2008, p. 229; GRACIA GUILLÉN, D.: “Jurisprudencia y *lex artis*” en MARTÍNEZ MARTÍN, D. (coord.): *Responsabilidad del personal sanitario*, Ed. Consejo General del Poder Judicial y Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid. 1994, p. 56; GARCÍA BLÁZQUEZ, M. y CASTILLO CALVÍN, J.: Manual práctico de responsabilidad de la profesión médica, 3.ª edición, Ed. Comares, Granada. 2001, p. 339; VILLACAMPA ESTIARTE, C.: Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales, Ed. Aranzadi, Navarra. 2003, p. 95 y 101; CHOCLÁN MONTALVO, J.: “Deber de cuidado y delito imprudente”, Ed. Bosch, Barcelona. 1998, p. 170.

<sup>144</sup> JORGE BARREIRO, A.: La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Ed. Tecnos, Madrid. 1990, p. 44.

<sup>145</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p. 126.

<sup>146</sup> ROMEO CASABONA, C.: El médico y el Derecho penal, Ed. Bosch, t. I, Barcelona. 1981, p. 69.

guías de actuación, *lex scientiae*, *lex funtionis*<sup>148</sup>, *guidelines*<sup>149</sup>, guías clínicas, protocolos, conferencias de consenso<sup>150</sup>, aquellos principios esenciales que tiendan a su normal desenvolvimiento<sup>151</sup>, entre otras<sup>152</sup>.

Con este panorama, resulta evidente la dificultad que comporta dotar de significado a la *lex artis* en el ámbito médico, debido a la evolución de esta ciencia. Siendo tarea complicada la estandarización de procedimientos y técnicas<sup>153</sup>, forzando a que la medicina esté continuamente definiendo lo que es científicamente correcto<sup>154</sup>. Pese a ello, esta cuestión no ha sido

---

<sup>147</sup> STS de 5 de febrero de 1981 (ROJ 4312/1981) (Pte. Huerta y Álvarez de Lara)

<sup>148</sup> Terminología empelada por la jurisprudencia, *vid.* STS de 24 de noviembre de 1984 (ROJ 804/1984) (Pte. Gómez de Liaño); STS de 3 de octubre de 1997 (ROJ 5836/1997) (Pte. García-Calvo Montiel); STS de 27 de mayo de 1988 (ROJ 3994/1998) (Pte. Ruiz Vadillo).

<sup>149</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: *ob. cit.*, p. 103. El mismo, indica que en Alemania también los términos *Richtlinien*, *Leitlinien* o *Empfehlungen*, hacen alusión a la plasmación por escrito de la *lex artis* o estándar médico; esto es, a las reglas de actuación que deben regir en el ejercicio de la medicina, *vid. ob. cit. nota 98*, p. 103.

<sup>150</sup> GRACIA GUILLÉN, D.: "Jurisprudencia y *lex artis*" en MARTÍNEZ MARTÍN, D. (coord.): *Responsabilidad del personal sanitario*, Ed. Consejo General del Poder Judicial y Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid. 1994, p. 57.

<sup>151</sup> STS de 16 de abril de 1970, *cit.* ROMEO CASABONA, C.: *El Médico y el Derecho Penal*, Ed. Bosch, t. I, Barcelona. 1981, p. 69.

<sup>152</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias*, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, nota 98, p. 103, destaca algunas terminologías utilizadas en Alemania haciendo referencia a la *lex artis* o estándar médico: *Richtlinien*, *Leitlinien* o *Empfehlungen*; es decir, las reglas de actuación que deben regir en el ejercicio de la medicina. LÜTTGER, H.: *Medicina y Derecho Penal*, trad. BACIGALUPO, E., Ed. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid. 1984, p. 136, resalta el término "conocimientos y experiencias de la medicina" en lugar de regla del arte.

<sup>153</sup> El carácter mutable de la medicina afecta en sí a su *lex artis*. Un protocolo que es útil en determinadas circunstancias, puede quedar obsoleto y anticuado para otras. Conforme sostiene GRACIA GUILLÉN, *cit.* en HAVA GARCÍA, E.: *La imprudencia médica*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2001, p. 57, "...en algunas especialidades la vida media de los conocimientos no supera los siete años". Argumento que es compartido por ROMEO CASABONA, C.: *El médico ante el derecho*, Ed. Ministerio de Sanidad y Consumo, 3.<sup>a</sup> reimpresión, Madrid. 1990, p. 70 al considerar que esta tendencia es compatible con el progreso de la ciencia y de su consideración en sí misma como tal. No obstante, FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del «fin de protección de la norma de cuidado»* Ed. J.M. Bosch, Barcelona. 2001, p. 312, explica que ayudará al juez en la determinación de la infracción de la *lex artis*, el tener en cuenta las técnicas o terapias utilizadas anteriormente por el facultativo o su equipo en el mismo tipo de casos o el que se utiliza en centros médicos de carácter similar.

<sup>154</sup> No obstante, HAVA GARCÍA, Esther: *La imprudencia médica*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2001, p. 59, sugiere cierta flexibilidad de estas reglas, pues: "El carácter mutable de la medicina afecta asimismo a su *lex artis*". VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales*, Ed. Aranzadi, Navarra. 2003, p. 103, aclara que frente a la dificultad de la regulación en el ámbito médico, queda confiar en el estándar técnico u opinión

impedimento para que la doctrina y la jurisprudencia vengan tratando de perfilar la *lex artis* en el campo médico-sanitario<sup>155</sup>.

ROMEO CASABONA, considera la *lex artis* como las reglas técnicas o procedimientos variantes según el sector social (tráfico motorizado, etc.)<sup>156</sup>, al cómo del tratamiento, al procedimiento o método que se ha de seguir (por ejemplo, si se trata de un intervención quirúrgica, donde debe realizarse la incisión, cuántos centímetros, qué parte hay que extraer y el cómo; y de tratarse de medicamentos, qué dosis, con qué frecuencia, etc.)

La *lex artis* incidirá de igual forma en las perspectivas de éxito sobre los riesgos, esto es, la técnica concreta utilizada (intervención quirúrgica o clínica) que deberá ser objetivamente la que mejor perspectivas tenga en favor de la meta terapéutica concreta<sup>157</sup>. Así, en la doctrina HAVA GARCÍA pese advertir sobre la ambigüedad de una posible concepción del término, define a la *lex artis* médica como aquella suma de reglas generales de carácter técnico, máximas de experiencia y conocimientos emitidos que han sido aceptados y aprobados por la comunidad científica, y que resultan aplicables al conjunto de

---

mayoritaria de los especialistas; así también, FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del «fin de protección de la norma de cuidado» Ed. J.M. Bosch, Barcelona. 2001, p. 309, “Por esta razón el ordenamiento jurídico no tiene más remedio confiar en el resultado técnico o en la opinión mayoritaria de los especialistas del ramo”.

<sup>155</sup> Entre la jurisprudencia, no infrecuentemente la jurisprudencia menor viene acogiendo a la *lex artis* como un concepto de carácter general. Haciendo abarcar en ésta, toda actividad médica extensiva a los actos de: exploración, diagnóstico, pronóstico, indicación y tratamiento, v.gr. la SAP León de 9 de enero del 2002 (ROJ 30/2002)(Pte. Lobejón Martínez) que en su parte pertinente, explica: “...así como que la Lex Artis se infringe cuando las pretendidas conductas imprudentes o descuidadas afectan a la asistencia debida, a distracciones, a falta de vigilancia del enfermo, a incorrecta ejecución de intervenciones, administración inadecuada o indebida de fármacos, omisiones de tratamiento, olvido de material de empleo quirúrgico dentro del cuerpo del paciente, errores en la vigilancia postoperatoria -por citar algunos casos- [...] incluso en las operaciones efectuadas "a vida o muerte", puede ser disculpable la no adopción de muchas cautelas que son obligadas en las intervenciones que no son de tal urgencia para la supervivencia del paciente”.

<sup>156</sup> ROMEO CASABONA, C.: El médico ante el derecho, Ed. Ministerio de Sanidad y Consumo, 3.ª reimpresión, Madrid. 1990, p. 70. También, DE LAS HERAS GARCÍA, M.: Estatuto ético-jurídico de la profesión médica, t. I, Ed. Dykinson, Madrid. 2005, p. 85.

<sup>157</sup> ROMEO CASABONA, C.: El médico y el Derecho Penal, t. I, Ed. Bosch, Barcelona. 1981, p. 161.

la actividad médico sanitaria<sup>158</sup>. CHOCLÁN MONTALVO considera que la *lex artis* se halla constituida de “aquellas reglas basadas en la experiencia y aceptadas por la mayoría de la comunidad de expertos, deducidas del examen de casos similares, cuando el supuesto que se somete a los tribunales puede ser catalogado entre esos casos con base a los cuales se elaboran aquellas reglas”<sup>159</sup>. QUINTERO OLIVARES, se refiere como normas no escritas de experiencia y cultura<sup>160</sup>. LÓPEZ TIMONEDA, como “una serie de reglas técnicas siguiendo los estándares aceptados y aprobados en el ejercicio de la profesión, teniendo en cuenta las circunstancias y condiciones en que hubieron de efectuarse y la situación del paciente en cada caso; en definitiva, es hacer bien las cosas o realizar una actuación profesional correcta”<sup>161</sup>. Finalmente, SARDINERO GARCÍA, la considera como “la conducta ética y legalmente exigible a todo profesional de la medicina con arreglo a los conocimientos que le son demandables por su titulación y especialidad, los parámetros prescritos por el estado de la ciencia y las guías y protocolos aceptados por la sociedad científica, tanto en fase de prevención, anamnesis, diagnóstico, indicación

<sup>158</sup> HAVA GARCÍA, E.: La imprudencia médica, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2001, p. 56. Con respecto a la aceptación general de dichas prácticas LÜTTGER, H.: Medicina y Derecho Penal, trad. BACIGALUPO, E., Ed. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid. 1984, p. 135, aclara la existencia de las reglas que gozan de un reconocimiento general y las que todavía no lo han alcanzado. “.las reglas del arte reconocidas en general no son «obligatorias» sin excepción, así como las no reconocidas no deben quedar lisa y llanamente sin aplicación. Piénsese en un tratamiento médico, a pesar de la observación de las reglas que gozan de un reconocimiento general, no será «adecuado a las reglas del arte», si la observación de sus prescripciones se hacía necesaria en la situación concreta”.

<sup>159</sup> CHOCLÁN MONTALVO, J.: “Deber de cuidado y delito imprudente”, Ed. Bosch, Barcelona. 1998, p. 170. La jurisprudencia observando el reconocimiento general de las técnicas no regladas, *vid.* el AAP de Madrid de 30 de diciembre de 2005 (ROJ 11353/2005) (Pte. Gurrera Roig) «...según el informe emitido por el perito judicial doctor D. Ricardo (folios 215 a 220) Médico Adjunto de cardiología pediátrica del Hospital Ramón y Cajal, el diagnóstico emitido por el Servicio de Cardiología pediátrica del Hospital doce de octubre de estenosis aórtica severa es correcto, sin que suponga ninguna contradicción el que previamente hubiera sido calificada de moderada por otro facultativo, ya que en unos días puede convertirse en severa y la técnica apropiada para esa enfermedad era la valvuloplastia, indicando que "es más favorable que la cirugía, por lo que la comunidad internacional la considera mayoritariamente como el procedimiento terapéutico de elección en la enfermedad valvular congénita que nos ocupa». En este sentido, analizando la oportunidad de los protocolos médicos, *vid.* GALÁN CÁCERES, J.: Medicina y responsabilidad legal. Medicina y derecho, dos mundos en convergencia, 1.ª edición, Ed. el autor, Badajoz. 2014, p. 163 y ss.

<sup>160</sup> QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. (col.): Parte General del Derecho Penal, 4.ª edición, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra. 2010, p. 377.

<sup>161</sup> LÓPEZ TIMONEDA, F. en MARTÍNEZ MARTÍN, D. (coord.): “Jurisprudencia y *lex artis*”, en *Responsabilidad del personal sanitario*, Ed. Consejo General del Poder Judicial y Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid. 1994, p. 59.

terapéutica, pronóstico, ejecución del tratamiento terapéutico, como en fase postoperatoria o de control y vigilancia de la evolución del paciente. Ello incluye, obviamente, la adecuada información en cada una de las fases”<sup>162</sup>.

Así las cosas, como se podrá constatar, las definiciones en aras de dar contenido práctico a la *lex artis* son variadas; no obstante, en este punto es conveniente hacer un paréntesis y escudriñar si cuando hacemos referencia a la *lex artis* debemos entenderla como algo estandarizado que debe ser enfocado de manera general, o quizá no.

### 3.3.1. El estándar médico

En principio cuando se hace referencia a las reglas técnicas del buen actuar –*lex artis*–, se entiende como un comportamiento homogéneo o estándar. Término este último –«estándar»-<sup>163</sup>, empleado por la doctrina española<sup>164</sup> y alemana, cuyo origen terminológico lo encontramos en el vocablo inglés *standard*<sup>165</sup>, definido por El Diccionario de la Real Academia Española

<sup>162</sup> SARDINERO GARCÍA, C.: Responsabilidad administrativa, civil y penal por falta de infracción en el ámbito clínico, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2006, p. 64.

<sup>163</sup> VENTAS SASTRE, R.: “Imprudencia médica y Derecho penal”, en *CPC*, núm. 87, 2005, p. 178.

<sup>164</sup> Por ejemplo, FRISCH, W.: “Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo”, en MIR PUIG, S. y LUZÓN PEÑA, D. (coord.): *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Ed. JM Bosch, Barcelona.1996, p. 120 se refiere con *standards* a las instrucciones de las corporaciones profesionales de cada sector.

<sup>165</sup> Sobre la incorporación del término *standard* en el Derecho alemán, VELTEN en su obra *Der medizinische Standard*, cit. en RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, nota 89, p. 102, señala que “el término *standard* proviene del inglés. La mayoría de las veces se le atribuye el significado de medida (*Maßstab*), pauta (*Richtschnur*), norma (*Norm*), nivel de calidad o rendimiento (*Qualitäts-oder Leistungsniveau*). En parte es utilizado también como sinónimo de normal (*Normale*), habitual (*Gewöhnliche*) o promedio (*Durchschnittliche*). También en el marco de la aplicación jurídica el término *standard* fue desarrollado por el Derecho anglo-americano con el significado de “medida normal jurídica de comportamiento social”. La incorporación al sistema jurídico alemán se hizo a través de la “técnica de construcción de normas”, aceptada por el legislador, en aquellos sectores de actividad que carecían de reglas para afrontar nuevos problemas. La referencia al *standard* es la de aquel comportamiento socialmente aceptado como adecuado. Especialmente se pasan a conocer como *standard* las reglas de las profesiones u oficios que deben ser respetadas por los miembros de dicha actividad profesional”.

como «tipo, modelo, patrón, nivel»<sup>166</sup>. En este sentido, dando concreción a este término, VILLACAMPA ESTIARTE lo define como el “ideal comportamiento prudente y cauteloso de un miembro del concreto ámbito del tráfico jurídico, esto es, en referencia a la actividad médica, el estándar de un especialista (médico) experimentado”<sup>167</sup>. De esta manera la equivalencia de «estándar» a lo que antaño se designaba como el «estado de la ciencia» permite advertir que “no debe interpretarse como aquello que es usual en el comportamiento médico, sino como una categoría normativa identificada con el comportamiento reconocidamente correcto y necesario en la *praxis*”<sup>168</sup>.

Así las cosas, cabe afirmar que el estándar técnico no podría determinar lo que está permitido o no en la sociedad<sup>169</sup>. No obstante, para que dicho procedimiento pueda considerarse como uno de aquellos permitidos, éste gozará de cierto consenso y del reconocimiento del círculo profesional de que se trate<sup>170</sup>. CARSTENSEN, asocia el estándar al estado del conocimiento científico y la experiencia médica lo que posibilita el éxito de una determinada técnica que se halla legitimada en la práctica<sup>171</sup>. Así las cosas, la cuestión giraría en torno a la validación que tenga el procedimiento a aplicarse, para lo cual HART establece tres elementos, a saber: «el estado del conocimiento científico, de la experiencia médica y el grado de “aceptación” profesional (que no “consenso”)». En consecuencia, el estándar pasaría a constituir el marco en función del cual se puede llegar a fijar la obligación jurídica del médico en relación con el tratamiento médico de acuerdo con el estado de la ciencia médica y de la práctica clínica, por lo que es susceptible de variación. Además, su aplicación o no al caso concreto pivota en función de las características del

<sup>166</sup> Real academia Española. (2014) Diccionario de la lengua española, (23.<sup>a</sup> edición), Ed. Espasa, Barcelona. 2014, p. 963.

<sup>167</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C.: Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales, Ed. Aranzadi, Navarra. 2003, p. 96.

<sup>168</sup> *Ibíd.*, p. 97.

<sup>169</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: Homicidio y lesiones imprudentes: requisitos y límites materiales, Ed. Edijus, Zaragoza. 1999, p. 220.

<sup>170</sup> Al respecto cfr. VELTEL, cit. en RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p. 126.

<sup>171</sup> CARSTENSEN cit. en RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p. 103.

sujeto y las circunstancias de la intervención»<sup>172</sup>. Con un panorama más claro de lo que se podría entender como estándar, tomando en consideración las múltiples conceptualizaciones que la *lex artis* ha venido teniendo a través del tiempo, su espíritu ha ido variando conforme sus aplicaciones, atributos, características o códigos; mismos que han ido mutando con los avances sociales y tecnológicos. Siendo así, la *lex artis* deberá ser entendida como un proceso dinámico y evolutivo, exigiendo del profesional su constante actualización en los conocimientos, lo que implica su adaptación a la evolución del estado científico y al reconocimiento de las nuevas técnicas aprobadas por las academias o similares<sup>173</sup>.

Pasando por la *lex artis* Hipocrática en la *lex artis* Precolombina, entre los magos *tekacuiliques*, quienes se dedicaban a extraer objetos del cuerpo eran muy rigurosos en lo referente a la metódica que seguían de escupir sobre la parte dolorida después de masticar absintio. Si el médico-mago sangraba por la boca o la tenía inflamada, debería abstenerse de escupir sobre el enfermo, requiriendo un ayudante para su intervención. Igualmente era necesario el conocimiento amplio sobre las propiedades de la plantas lo que implicaba tener la experiencia necesaria para dicho cometido<sup>174</sup>. De esto se puede colegir que, pese a lo rudimentario y primitivo de la época, ya se tenía un verdadero código de actuación profesional.

### 3.3.2. Tendencia a una *lex artis ad-hoc*

<sup>172</sup> HART cit. en RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p. 103. Resulta oportuno hacer referencia a la STSJ de Cataluña de 5 de julio de 2017 (ROJ 6582/2017) (Pte. Pérez Borrat) en el que para emitir su fallo, se apoya en la superación de los baremos de calidad objetivamente exigible en función de los “actuales estándares sociales”, condenando al Servei Català de la Salut, a indemnizar por el “anormal” funcionamiento de la Administración sanitaria al no atender el requerimiento de una mujer testigo de Jehová que necesitaba someterse a una operación para cambiar la válvula aórtica que tenía dañada mediante la técnica de cirugía sin sangre; debiendo finalmente acudir a una clínica privada.

<sup>173</sup> BOCKELMANN cit. en GARCÍA HERNÁNDEZ, T.: Elementos de Derecho Sanitario en la responsabilidad civil y penal de los médicos por la mala praxis, Ed. Edisofer, Madrid. 2002, p. 26.

<sup>174</sup> GARCÍA BLÁZQUEZ, M. y CASTILLO CALVÍN, J.: Manual práctico de responsabilidad de la profesión médica. (Aspectos jurídicos y médico-forenses), 3.ª edición, Ed. Comares, Granada. 2011, p. 340.

Independientemente de la acepción que se quiera dar a la *lex artis* en sintonía con la ciencia médica mutable e inconstante, la tendencia a su adecuación conforme a las circunstancias ha venido ganando terreno entre la doctrina y la jurisprudencia, lo que ha hecho que se propugne una *lex artis ad-hoc*<sup>175</sup>, en palabras de MARTÍNEZ CALCERRADA, “cada acto, una ley”<sup>176</sup>, definiendo la *lex artis ad-hoc* como “el criterio valorativo de la concreción del correcto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina –ciencia o arte médica– que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del acto, y en su caso, de la influencia en otros factores endógenos –estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria–, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida (derivando de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación o actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados, y en particular, de la posible responsabilidad de su autor/médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado)”<sup>177</sup>. En esta línea, para una mejor referencia de la *lex artis ad-hoc*, no podemos obviar la jurisprudencia civil aportándonos una claro contenido al respecto: “no significa otra cosa que los criterios médicos a tomar

---

<sup>175</sup> Al respecto FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del «fin de protección de la norma de cuidado» Ed. J.M. Bosch, Barcelona. 2001, p. 313 “Si la situación es excepcional o el facultativo reconoce factores de riesgo superiores a los normales, se deben explotar todas las posibilidades de las que se disponga siempre, claro está, que una situación de necesidad no lo impida”. Entre la jurisprudencia haciendo referencia a la *lex artis ad-hoc*, vid. STS de 27 de mayo de 1988 (ROJ 13639/1988) (Pte. Ruiz Vadillo); STS de 28 de diciembre de 1990 (ROJ 9872/1990) (Pte. Soto Nieto); STS Penal de 3 de octubre de 1997 (ROJ 5836/1997) (Pte. García Calvo Montiel).

<sup>176</sup> MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: “Sistemas de protección a la salud”, en MARTÍNEZ CALCERRADA, L. y DE LORENZO Y MONTERO, R., *Derecho médico. Tratado de Derecho Sanitario*, t. I, Ed. Colex, Madrid. 2001, p. 465 “...en la idea de que cada acto médico precisa para su adecuado ajuste de corrección, es decir, para valorar tanto el elemento causal, autor y diligencia desplegada, como el efecto o fin obtenido, resultado de dicho acto en el paciente/sociedad, la preexistencia de una *lex* que así lo juzgue o, incluso, y en razón de la peculiar gestación de éste en relación con aquél, se podría hasta opinar que es el mismo acto al que genera, por una especie de mecanismo de autorregulación, su propia ley, con la que, indefectiblemente habrá de enjuiciarlo”.

<sup>177</sup> MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: “Sistemas de protección a la salud”, en MARTÍNEZ CALCERRADA, L. y DE LORENZO Y MONTERO, R., *Derecho médico. Tratado de Derecho Sanitario*, t. I, Ed. Colex, Madrid. 2001, p. 464.

han de ceñirse a los que se estimen correctos para una situación concreta, siempre con base a la «libertad clínica» y a la prudencia<sup>178</sup>.

La *lex artis* la marcan los pueblos, profesionales, legisladores, de modo directo o indirecto con un carácter más o menos vinculante, pero a veces son las circunstancias las que propician un especial modo de obrar y entender las reglas y preceptos<sup>179</sup>.

Como quedó anotado, la determinación exacta de lo que comprende la *lex artis* es una tarea complicada en cualquier ámbito de actividad, más aún en el médico-sanitario debido a su esencia evolutiva y experimental. Si esto es así, resulta inútil tratar de establecer patrones a seguir debido a las múltiples circunstancias, componentes y factores que conlleva la práctica del arte médico, siendo inviable inmovilizar o cercenar su avance científico a través de normas rígidas que estaticen los procedimientos técnicos<sup>180</sup>. En todo caso, no

---

<sup>178</sup> STS Sala Civil de 2 de octubre de 1997 (ROJ 5813/1997) (Pte. Sierra Gil de la Cuesta); también, respecto a la *lex artis ad-hoc*, la STS Sala Civil de 25 de abril de 1994 (ROJ 2851/1994) (Pte. Albarca López) "...en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional, teniendo en cuenta las especiales características del autor del acto médico, de la profesión, de la complejidad y transcendencia vital del paciente y, en su caso, la influencia de otros factores endógenos, -estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto como conforme o no a la técnica normal requerida".

<sup>179</sup> Al albor de esta distinción, es conveniente transcribir el ejemplo al que hace referencia GARCÍA BLÁZQUEZ, M. y CASTILLO CALVÍN, J.: Manual práctico de responsabilidad de la profesión médica. (Aspectos jurídicos y médico-forenses), 3.ª edición, Ed. Comares, Granada. 2011, p. 341, «Si repasamos por ejemplo la sanidad española, en uno y otro bando, durante la guerra civil, podríamos pensar con la visión de hoy que había un abandono de la *lex artis*, sin embargo nada más lejos de la realidad, pudiendo afirmar que la sanidad hubo de adecuarse a la guerra cuando ésta no pudo o no quiso hacerlo a la sanidad. Existió un tipo de herida que los alemanes denominaban *glucksschusse* o tiro de suerte que atravesaba de parte a parte a la cavidad peritoneal sin lesionar ninguna víscera, siendo prácticamente frecuente en los hospitales de vanguardia mal dotados practicar el diagnóstico de este tipo de herida basándose en la palpación del abdomen y la observación del herido al menos durante seis horas. Si nos atenemos a las manifestaciones que hace la Dra. M. HERRÁIZ MUÑOZ en el libro "Los Médicos y la Medicina en la Guerra Civil Española" este tipo de herida por disparo de rifle viene a ocurrir una vez cada 35 lesiones abdominales por proyectiles de fusil, lo que quiere decir que la actitud expectante durante al menos seis horas y la palpación abdominal como único método posible de diagnóstico, ponían en peligro 34 vidas de las 35 afectadas por la lesión abdominal". Con la visión de hoy habría que inclinarse por una actitud diagnóstica incruenta y precoz y de carecer de medios por una laparotomía inmediata, ya que una espera prolongada en actitud de observación supone la mayor parte de las veces un riesgo mayor».

<sup>180</sup> TERRAGNI, M.: El delito culposo, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe-Argentina, 1984, p. 99, advierte que hay actividades respecto de las cuales no se puede garantizar el éxito desde su

por ello se tendrá que pasar por alto que dicha labor se la lleve a cabo de manera racional y proporcionada, sin abuzo ni apasionamiento, o como refiere cierta jurisprudencia, sin audacia o aventura<sup>181</sup>; caso contrario, estaríamos ante una *arbitrariedad de terapia o arbitrariedad clínica*<sup>182</sup>.

Así las cosas, el estandarizar normas o atenerse a protocolos que encuadren rígidamente las técnicas médicas equivaldría a limitar la capacidad de “maniobra” en un caso concreto, en donde el tratamiento considerado adecuado con carácter general podría tener escasas probabilidades de éxito en determinadas circunstancias; abriéndose la posibilidad de emplear un método poco experimentado o aún no reconocido por la ciencia médica<sup>183</sup>. Sin embargo, el empleo de una técnica que se aleje del criterio general será posible siempre que se consideren ciertos límites y tomando en cuenta los medios disponibles, la urgencia de la intervención y la ponderación de riesgos y beneficios<sup>184</sup>, parámetro al que la doctrina se refiere como *libertad de método o de procedimiento*<sup>185</sup>. De aceptarse esta posibilidad en cierta forma se estaría

---

inicio, precisamente porque requieren de un desarrollo que se va perfeccionando a través de triunfos y fracasos.

<sup>181</sup> STS de 8 de junio de 1994 (ROJ. 4428/1994) (Pte. Moyna Ménguez)

<sup>182</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: Homicidio y lesiones imprudentes: Requisitos y límites materiales, Ed. Edijus, Zaragoza. 1999, p. 223.

<sup>183</sup> LÜTTGER, H.: Medicina y Derecho Penal, trad. BACIGALUPO, E., Ed. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid. 1984, p. 135, aclara la existencia de las reglas que gozan de un reconocimiento general y las que todavía no lo han alcanzado. “...las reglas del arte reconocidas en general no son «obligatorias» sin excepción, así como las no reconocidas no deben quedar lisa y llanamente sin aplicación. Piénsese en un tratamiento médico, a pesar de la observación de las reglas que gozan de un reconocimiento general, no será «adecuado a las reglas del arte», si la observación de sus prescripciones se hacía necesaria en la situación concreta”.

<sup>184</sup> JORGE BARREIRO, A.: La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Ed. Tecnos, Madrid. 1990, p. 26.

<sup>185</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, A.: Derecho penal de la culpa, Ed. Bosch, Barcelona. 1958, p. 505, “Los médicos, por su parte, requirieron siempre el máximo de libertad para su actuación, entendiéndolo que de otro modo se obstaculiza el ejercicio de la ciencia, que en gran parte progresa a costa de errores, tan útiles a veces para la investigación”.

FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del «fin de protección de la norma de cuidado» Ed. J.M. Bosch, Barcelona. 2001, p. 312. ROMEO CASABONA, C.: El Médico y el Derecho Penal, Ed. Bosch, t. I, Barcelona. 1981, p. 163 “Del mismo modo, la sujeción del facultativo a la *lex artis* no implica necesariamente, la utilización de las reglas del arte médico generalmente aceptadas, aunque, sean las que normalmente se observen, pues en primer lugar puede ser difícil delimitar esas reglas generalmente seguidas, ya que no siempre existe un reconocimiento general o predominante. Pero es que, además, ha de aceptarse también aquí la libertad de método o procedimiento, pues de lo contrario sería imposible cualquier

asumiendo un riesgo aceptable en beneficio del desarrollo de la sociedad, *v.gr.* las técnicas descubiertas por un prestigioso especialista pero que difieren de la técnica tradicional<sup>186</sup>. Al respecto, la *lex artis ad-hoc* entendida como el procedimiento aplicable conforme al caso concreto, no es sinónimo de lo que podríamos calificar como un «libertinaje de procedimiento» o tal como lo explica JORGE BARREIRO, conferir al médico una especie de franquicia o queche en blanco<sup>187</sup>, pues siempre se moverá dentro de las coordenadas de las reglas o de las precauciones generales, en cualquier otro caso, se estaría infringiendo el deber de cuidado.

Allende a lo anterior, resulta importante alguna tendencia doctrinal desde el punto de vista del desarrollo de la ciencia médica, oponiéndose a que la reglamentación o normativización colisione con la libertad de método, enquistando el progreso de este saber. En consecuencia, es conveniente

---

avance en la ciencia médica. Esto implica otra idea: que puedan aceptarse técnicas (reglas) ajenas o no reconocidas por la ciencia médica, como son los procedimientos utilizados por ciertos curanderos, siempre, claro está, que a su vez en estos casos exista indicación, que ya no será médica. Evidentemente, en estos casos entran en juego otros criterios valoraciones que requerían precisiones y matizaciones distintas. Sin embargo, el reconocimiento de la actuación de un médico conforme a la *lex artis*, sin sujeción a las reglas generales o predominantemente aceptadas, como puede ser, según ya hemos visto, la situación de enfermedades o procesos patológicos no bien conocidos o difíciles de tratar (cáncer, etc.) se enfrenta con la determinación de los límites de riesgo permitido, que también ha de ser objeto de análisis". QUINTANO RIPOLLÉS, A.: Derecho penal de la culpa, Ed. Bosch, Barcelona. 1958, p. 505, "Los médicos, por su parte, requirieron siempre el máximo de libertad para su actuación, entendiéndolo que de otro modo se obstaculiza el ejercicio de la ciencia, que en gran parte progresa a costa de errores, tan útiles a veces para la investigación".

<sup>186</sup> No obstante CHOCLÁN MONTALVO, J.: Deber de cuidado y delito imprudente, Ed. Bosch, Barcelona. 1998, p. 170, hace hincapié en que si bien la *lex artis* permite cierto margen de actuación conforme máximas de conocimiento general, se debe evitar una *lex artis* determinada por la iniciativa individual del profesional al amparo de la libertad de método. FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del «fin de protección de la norma de cuidado» Ed. J.M. Bosch, Barcelona. 2001, p. 300 "Las reglas generales de cuidado sólo indican que muchas veces una determinada conducta produce un resultado. Pero eso no significa que con la realización de tales conductas se cree un riesgo en cada caso concreto. Pueden ocurrir otras circunstancias que hagan que el caso especial no se corresponda con la experiencia general y que en ese caso la regla general se muestre como inservible. Si el autor conoce esas circunstancias que convierten en el caso concreto a la regla general en inservible no está siendo descuidado". En este sentido MAURACH, R.: Tratado de Derecho Penal, t. II, traducción y notas de CÓRDOBA RODA, J., Ed. Ariel, Barcelona. 1962, p. 243, "Las prohibiciones de peligro y los mandatos de seguridad son necesariamente esquemáticos, se encuentran referidos al supuesto normal, y no están pues en situación de tomar en consideración todos los peligros posibles".

<sup>187</sup> JORGE BARREIRO, A.: La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Ed. Tecnos, Madrid. 1990, p. 46.

propiciar el libre proceder médico con procedimientos *heterodoxos* que consigan variar los métodos tradicionales y que refuten las técnicas establecidas<sup>188</sup>. Pero ¿quién podría protocolizar o regular una actividad tan variante como la médica?<sup>189</sup> Dicha pretensión no deja de ser un entresijo para el legislador puesto que, de pretender positivar el proceder técnico médico-sanitario<sup>190</sup>, sería como regular el movimiento de los peces en el mar, tarea absurda e imprevisible de concretarla por las razones anteriormente expuestas. Pese a esto, conforme lo advierte alguna autora, el pretender protocolizar la actividad médica-sanitaria encontraría dos obstáculos insalvables: a) La imposibilidad de mantener su vigencia real debido a la constante evolución científica haría que cualquier norma jurídica quede rápidamente obsoleta; y, b) El no poder condensar los conocimientos de la ciencia médica en preceptos legales, puesto que para ello sería necesario una enciclopedia que además nunca podría contemplar todos los supuestos.

Así las cosas, el ordenamiento no tiene más remedio que confiar en los estándares técnicos o en la opinión mayoritaria de los especialistas del ramo<sup>191</sup>.

---

<sup>188</sup> El problema imbrica conforme JORGE BARREIRO, A.: La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Ed. Tecnos, Madrid. 1990, p. 46 en los límites de la libertad de método. Este autor hace referencia a SIEBERT “conviene destacar la relación que existe entre la libertad de terapia y el deber objetivo de cuidado del médico: aquélla termina en el momento en el que no cabe apreciar la concurrencia de la indicación objetiva respecto a la conducta del médico”. En este sentido LÜTTGER, H.: Medicina y Derecho Penal, trad. BACIGALUPO, E., Ed. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid. 1984, p. 137, aboga por las nuevas investigaciones, métodos innovadores pues, como afirma el autor “Querer negarles reconocimiento jurídico significaría tanto como poner en duda un elemento esencial de la cientificidad de la medicina, Y el Derecho no tienen tanto poder como para eso”; o, como QUINTANO RIPOLLÉS, A.: Derecho penal de la culpa, Ed. Bosch, Barcelona. 1958, p. 281, haciendo referencia a BINDING, manifiesta: “... el Derecho estricto no basta para ello, por requerir el más profundo conocimiento de las realidades anímicas y vitales”.

<sup>189</sup> Históricamente, no resulta novedosa la regulación de las actividades médicas. En las Partidas de Alfonso X el Sabio, ya se sancionaba al médico ignorante o al que abandonaba al enfermo, *vid.* JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: Tratado de Derecho Penal, Ed. Losada, 3.<sup>a</sup> edición, tomo IV, Buenos Aires. 1976, p. 696.

<sup>190</sup> No obstante, la legislación española ha positivado ciertas actividades médicas, *v.gr.* la Ley 30/79 de 27 de octubre, sobre Extracción y Trasplante de Órganos; el Real Decreto 831/2010, de 25 de junio, sobre garantía de calidad asistencial de la prestación a la interrupción voluntaria del embarazo; la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida; la Ley 14/2007 de 3 de julio, sobre Investigación biomédica; y, el Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre, por el que se regulan las actividades relativas a la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos.

<sup>191</sup> HAVA GARCÍA, E.: La imprudencia médica, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2001, p. 56. No obstante, ANTÓN JORNET, J.: Mala praxis, t. II. Consecuencias, Ed. Àncora, Barcelona. 1993,

Pese a este *hándicap*, cierta tendencia a llevar a cabo determinadas regulaciones no es ajena<sup>192</sup> siendo importante destacar la distinción que hace la doctrina entre el paciente y la enfermedad. Así se explica que la dolencia a diferencia del enfermo tiene un estudio diferente, es decir, habrá que distinguir entre *patología* y *clínica*. Por la primera, entendida como ciencia y como tal se mueve en el orden de las proposiciones universales; y, la segunda, como la técnica o el arte de tomar decisiones prudentes ante un caso concreto. De ahí la razón de referirnos como *lex artis ad-hoc*, ya que como se añade, se deberán tomar en consideración factores sociales, económicos, culturales, religiosos<sup>193</sup>, entre otros<sup>194</sup>; ya que no es lo mismo desarrollar la actividad médica en un hospital terciario que en uno de asistencia primaria en donde se puede contar con mayores recursos y tener altas probabilidades de éxito en la ejecución de procesos médicos y quirúrgicos<sup>195</sup>.

---

pp. 37 y 45, precisa su importancia pues a su parecer, la única manera de evitar problemas es elaborando protocolos estandarizados y admitidos científicamente. Sin embargo, admite este autor, estarían basados en la constante evolución objetiva de la vivencia médica, pero que se han de incorporar valores normativos sociales o intereses socioeconómicos.

<sup>192</sup> Vid. MAGRO SERVET, V.: Guía práctica de responsabilidad sanitaria, Ed. La Ley, 1.<sup>a</sup> edición, Madrid. 2007, p. 47. En este sentido también la SAP Salamanca de 23 de febrero de 2001 (ROJ142/2001) (Pte. García del Pozo) explica: "En los últimos años asistimos a un aumento creciente de la actividad de protocolización de numerosos actos médicos. Se trata con ello de plasmar en documentos las directrices o recomendaciones actualizadas que un grupo de expertos cualificados establecen para orientar la labor diaria de los profesionales, con el fin de mejorar la calidad y la eficacia de la actuación sanitaria. No cabe duda que la aportación al proceso de estos protocolos actualizados constituye una enorme ayuda para el Juzgador en su tarea de individualización de la "*lex artis ad hoc*" aplicable al supuesto concreto, introduciendo, de otra parte, elementos de certeza, seguridad y confianza entre la propia clase médica".

<sup>193</sup> Por todas, la STS de 27 de junio de 1997 (ROJ 4567/1997) (Pte. Granados Pérez) en la que condena a padres por un delito de homicidio, al no prestar consentimiento para que médicos le practicasen a su hijo de trece años de edad una transfusión de sangre, argumentando que su religión -testigos de Jehová- les prohíbe dicha práctica.

<sup>194</sup> HAVA GARCÍA, E.: La imprudencia médica, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2001, p.14, sostiene que los médicos han venido tomando como argumento de defensa la falta de medios y recursos por parte del sistema sanitario. GARCÍA BLÁZQUEZ, M. y CASTILLO CALVÍN, J.: Manual práctico de responsabilidad de la profesión médica. (Aspectos jurídicos y médico-forenses), 3.<sup>a</sup> edición, Ed. Comares, Granada. 2011, p. 341, destaca la actuación conforme al abanico de circunstancias que rodean un caso concreto, siendo necesario omitir reglas o procedimientos establecidos, e inclusive, muchas de las veces por la premura de la emergencia, se prescindiría de personal cualificado. Así: "...en el primer trimestre de 1938 en el frente Teruel, hubo puestos sanitarios al mando de un suboficial estudiante de medicina. En estas condiciones había que entender que el único cirujano, competente o no, era aquel estudiante y que difícilmente pudiese calificarse de grave o no un herido para tomar criterios de evacuación".

<sup>195</sup> Respecto de cómo puede diferir los resultados y las condiciones de actuación MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: "Sistemas de protección a la salud", en MARTÍNEZ CALCERRADA, L. y DE LORENZO Y MONTERO, R., *Derecho médico. Tratado de Derecho Sanitario*, t. I, Ed. Colex,

De esto se infiere que en el razonamiento de las circunstancias y la apreciación de los hechos constitutivos de una supuesta infracción de reglamentos y consecuentemente del cuidado debido al que alude la imprudencia médica, se pueda considerar a la *lex artis ad-hoc* como punto referencial o de apoyo para el tratamiento y análisis de cada caso<sup>196</sup>. Lo cierto es que, el arte médico es una caja de pandora ya que siempre estará latente el peligro de complicaciones pese a la planificación que se pueda establecer *ex ante* a una intervención o procedimiento médico. La medicina voluble por naturaleza insta a considerar una *lex artis ad-hoc*, pues conforme la doctrina y la jurisprudencia cada caso conlleva en sí varios componentes.

De esta manera, el profesional de la medicina al identificar una situación excepcional en la que reconozca factores de riesgo superiores a los normales, tendrá previo análisis escudriñar en lo más recóndito del estado de la ciencia y apoyarse en la experiencia adquirida con el propósito de aliviar la dolencia de

---

Madrid. 2001, p. 468, «...no es igual practicar una cesárea por un médico rural en Codemios de Abajo que practicarla por el equipo médico del “Queen victoria Center de Melbourne”, presuponiendo que, en el primer caso, el facultativo apenas cuenta con su persona y conocimientos, mientras que en el segundo se estará asistido por la excelencia de una tecnología puesta al servicio de un centro pionero en los temas genéticos del universo». En la jurisprudencia se evidencia esta matización, absolviendo al médico por subsumir su actuación conforme las circunstancias del paciente y los recursos que disponía, *vid.* STS de 13 de noviembre de 1992 (ROJ 8427/1992) (Pte. Delgado García) “Así pues, ha de entenderse que la conducta del acusado se ajustó a lo que habría hecho en circunstancias similares cualquier traumatólogo en un hospital comarcal situado en una zona agrícola, que precisamente allí se encontraba - es de suponer- para atender, entre otras, al tipo de intervenciones quirúrgicas como la que tuvo lugar en la ocasión de autos”. MAURACH, R.: Tratado de Derecho Penal, t. II, traducción y notas de CÓRDOBA RODA, J., Ed. Ariel, Barcelona. 1962, p.242, “Si en una operación de vida o muerte, el peligro del bien constituye el único medio para su salvaguarda, no se dará exceso de riesgo alguno en la ejecución de la acción en la que no se puede disponer de los medios elementales para el caso normal –anestesia, instrumental esterilizado-. Así mismo no cabrá por regla general, dirigir las mismas exigencias a establecimientos de interés vital con *imposibilidad de contratación*, que ha empresas que pueden limitar libremente la medida de su actividad y consiguientemente su responsabilidad. Tal sucede en las instituciones privadas, cuando se comparan a las clínicas públicas con presupuesto limitado e ilimitado deber de admisión: las primeras pueden, las segundas deben, aceptar el riesgo del tratamiento”.

<sup>196</sup> Entre la jurisprudencia aconsejando el empleo de medidas *ad-hoc*, *vid.* STS de 28 de diciembre de 1990 (ROJ 9872/1990) (Pte. Soto Nieto) “En ese proceso de concreción que lleva a la detección del arrollamiento o marginación del deber objetivo de cuidado, no pueden dejarse de atender los principios de experiencia que vinculan ciertos peligros concernientes sobre personas y bienes a determinadas conductas comisivas u omisivas; una adecuada reflexión “*ex ante*” lleva a la previsión de aquéllos y al natural estímulo de poner a contribución medidas “*ad hoc*” aconsejables para su conjuración”.

su paciente explotando todas las posibilidades de las que disponga; siempre, claro está, que una situación de necesidad no lo impida<sup>197</sup>.

Enfocada la *lex artis* de una forma eminentemente circunstancial o relativa, es decir, desde su perspectiva *ad-hoc* ligada íntimamente a la libertad de método<sup>198</sup>, alguna tendencia doctrinal considera que frente a este panorama el papel del juzgador será el de apoyarse en los informes y dictámenes de los entendidos en la materia (peritos<sup>199</sup>), en razón de que, por lo general el juez no ha de conseguir su cometido en base a su propia ciencia, entrando en juego las opiniones de los técnicos que ayuden a eliminar y clarificar las dudas que puedan presentarse<sup>200</sup>, argumento que no en pocas veces ha sido ratificado en los fallos emitidos por los tribunales de justicia<sup>201</sup>.

<sup>197</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del «fin de protección de la norma de cuidado» Ed. J.M. Bosch, Barcelona. 2001, p. 313.

<sup>198</sup> Como dato referencial en el ámbito supranacional: La Declaración sobre la Independencia y la Libertad Profesional del Médico, adoptada por la 38.<sup>a</sup> Asamblea Médica Mundial, Rancho Mirage, California, Estados Unidos, en octubre 1986, en la parte pertinente que interesa, contiene: “Los médicos deben gozar de una libertad profesional que les permita atender a sus pacientes sin interferencias. El privilegio del médico de usar su juicio y discreción profesional para tomar las decisiones clínicas y éticas necesarias para la atención y tratamiento de sus pacientes, debe ser mantenido y defendido”, *vid.* SÁNCHEZ FIERRO J., et al.: Regulación del Sistema Sanitario. Código Sanitario. Recopilación Legislativa del Derecho Sanitario Español, Ed. Ergon, Madrid. 2004, p. 122.

<sup>199</sup> Respecto al margen de acción de los profesionales médicos haciendo alusión a la libertad de método, ROMEO CASABONA, C.: El médico ante el derecho, Ed. Ministerio de Sanidad y Consumo, 3.<sup>a</sup> reimpresión, Madrid. 1990, p. 70, “...hay también que aceptar aquí la libertad de método o procedimiento, en los que, desde luego, no entra a valorar el jurista y, en su caso, el Juez, pues su idoneidad y corrección debe ser emitida y transmitida a éste por los técnicos o peritos (en su caso, también por el médico forense). Esta idea es la única compatible con el progreso de la ciencia y de su consideración en sí misma como tal”. En este sentido *vid.* LÜTTGER, H.: Medicina y Derecho Penal, trad. BACIGALUPO, E., Ed. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid. 1984, p. 135. Entre la jurisprudencia, haciendo referencia a los informes técnicos de los peritos como punto de apoyo para los fallos, *vid.* STS de 26 de junio de 1980 (ROJ 4565/1980) (Pte. Latour Brotons); STS de 22 de abril de 1988 (ROJ 2891/1988) (Pte. Vivas Marzal); STS de 1 de abril de 1998 (ROJ 2160/1998) (Pte. Martínez-Pereda Rodríguez); STS de 3 de octubre de 1997 (ROJ 5836/1997) (Pte. García Calvo Montiel).

<sup>200</sup> REY HUIDOBRO, L.: “La imprudencia médica en el ámbito del Derecho penal”, en *Estudios Penales y Jurídicos*, LH Prof. Dr. Enrique Casas Baquero, GONZÁLEZ RUS, J. (coord.) Ed. Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba, Córdoba. 1996, p. 717. En este sentido SCHÜNEMANN, B.: “Problemas dogmáticos del concepto jurídico indeterminado «Reglas de la técnica»” en *ADP*, núm. 47, 1994, p. 327 “el perito no tiene la función de descargar al juez de la tarea de formar el juicio jurídico de valor, sino que solamente debe aportarle e contexto empírico a tener en cuenta”.

<sup>201</sup> Al respecto *vid.* la STS de 26 de junio de 1986 (ROJ 4565/1980) (Pte. Latour Brotons) “...sin olvidar el carácter preponderante del factor humano sobre cuyo campo opera, con la

Cuestión aparte merece el debate doctrinal si además de las reglas eminentemente técnicas la *lex artis* abarca normas deontológicas<sup>202</sup>, tal como las vinculaba la jurisprudencia de antaño<sup>203</sup>, y más aun excluyendo el carácter científico de las mismas, remitiendo su alcance a las reglas de la común

---

consiguiente individualidad de cada sujeto; comportando tratamientos distintos y dosificaciones diferentes en el arte curativo, obligando así a los Tribunales a un minucioso y ponderado estudio de las causas concurrentes para no incidir en tesis maximalistas que los lleven a ser árbitros de teorías o sistemas, y de ahí la necesidad, la más de las veces, por no decir en todas, de recurrir al auxilio y asesoramiento de los informes periciales suministrados por los entendidos en la materia". Así también, la "dependencia" de los tribunales a los informes de los facultativos y expertos resulta relevante a la hora de determinar responsabilidades, y no solo en el ámbito penal sino en sede civil al apoyarse en un dictamen pericial para establecer la existencia de responsabilidad, *vid.* STS Sala Civil de 6 de mayo de 2005 (ROJ 3393/2005) (Pte. García Varela) "...a estos efectos y por tratarse de una cuestión de índole técnica, que no está por ello al alcance del Juzgador, lógicamente ha de servirse de los reconocimientos e informe emitidos por facultativos o Centros especializados en la materia". Entre la jurisprudencia menor, el AAP de Madrid de 30 de diciembre de 2005 (ROJ 11353/2005) (Pte. Gurrera Roig) "En el presente caso, y a la luz de la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta, hemos de estar, como no podía ser de otra forma, a los informes periciales que obran en las actuaciones".

<sup>202</sup> En España la Organización Médica Colegial de este país, promulgó su primer Código de Ética y Deontología Médica en 1978, al amparo de la Constitución de 1976, que establece el reconocimiento y la necesidad de regular los colegios profesionales y el ejercicio de los profesionales titulados. Dicho Código fue actualizado en 1990 y 1999, siendo éste de 2011, el primer código de deontología médica del siglo XXI, aprobado el 9 de julio de 2011, por el Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos, órgano que agrupa, coordina y representa a los 52 colegios oficiales de médicos españoles (creado el 27 de enero de 1930). Según el art. 1 de este código, «la deontología médica es el conjunto de principios y reglas éticas que han de inspirar y guiar la conducta profesional del médico». Por su parte, el art. 2 establece que: «1. Los deberes que impone este código, en tanto que sancionados por una entidad de Derecho público, obligan a todos los médicos en el ejercicio de su profesión, cualquiera que sea la modalidad en que la practiquen. 2. El incumplimiento de alguna de las normas de este código supone incurrir en falta disciplinaria tipificada en los estatutos generales de la organización médica colegial, cuya corrección se hará a través del procedimiento normativo a ellos establecido». 2. El incumplimiento de alguna de las normas de este código supone incurrir en falta disciplinaria tipificada en los estatutos generales de la organización médica colegial, cuya corrección se hará a través del procedimiento normativo a ellos establecido». Pareciendo considerar a las normas deontológicas como parte de la *lex artis*, la STS de 26 de febrero de 2001 (ROJ 1430/2001) (Pte. Ramos Gancedo) condena como autores al médico especialista y a su ayudante instrumentista por un delito de imprudencia temeraria con resultado de lesiones producto de la realización de una operación de artroscopia en rodilla equivocada de la paciente, pudiéndose evitar dicho suceso conforme consta del fallo, comprobando y verificando el historial médico; omisión que el tribunal lo relaciona con el aspecto deontológico al determinar que "los acusados olvidaron las mínimas reglas deontológicas en la ejecución de la actividad médico-quirúrgica".

<sup>203</sup> Al respecto *vid.* STS de 30 de enero de 1982 (ROJ 1478/1982) (Pte. Latour Brotons) "...que, si bien es cierto que algunas sentencias de esta Sala (como las de 21 de diciembre de 1957 y 26 de enero y 2 de febrero de 1967, entre otras), atendiendo más a las reglas deontológicas que a postulados jurídicos"; STS de 26 de febrero de 2001 (ROJ 1430/2001) (Pte. Ramos Gancedo) "...los acusados olvidaron las mínimas reglas deontológicas en la ejecución de la actividad médico-quirúrgica".

experiencia<sup>204</sup>. Así por ejemplo, es una regla ética indudable para un médico que no puede utilizar a su paciente para un experimento, pero en cambio, es cuestión diferente y a discutir, si frente a un sujeto con determinadas características la técnica usada en la operación era la correcta<sup>205</sup>.

Algunos autores entienden que la *lex artis* se halla constituida por normas que ordenan el ejercicio de la profesión desde una perspectiva eminentemente técnica, situando las reglas deontológicas en el ámbito de la ética. En este aspecto HAVA GARCÍA, explica que “las reglas «éticas» si lo son *stricto sensu* (esto es, relativas a la Moral) no pueden servir como punto de referencia para determinar las normas de cuidado vigentes en la profesión médica, en la medida en que el dato esencial a éstas es que tratan de neutralizar focos de riesgo preexistentes a la actividad sanitaria (o bien de impedir la creación de nuevos peligros incontrolables), con el objeto de proteger a los bienes jurídicos que entren en contacto con tales focos de riesgo. Cuestión distinta es que, al infringir una norma de cuidado de estas características, el autor pueda vulnerar al mismo tiempo, una regla ética”. Para ilustrar el contenido de este argumento la autora se refiere al “médico que utiliza a su paciente «como conejillo de indias» cometerá un delito imprudente (si se produce un resultado lesivo no querido) por infringir la *lex artis* (por ejemplo, al emplear métodos terapéuticos contradictorios o técnicas no suficientemente investigadas a pesar de existir tratamientos alternativos más adecuados), *no por vulnerar el Código Deontológico* (que prohíbe la utilización de seres humanos en la experimentación); de no darse estos elementos esenciales (infracción del deber de cuidado y resultado típico objetivamente imputable a la infracción), el comportamiento, reprochable moralmente, podrá dar lugar además a otro tipo de delito si se actuó sin el consentimiento del paciente (coacciones), pero no constituirá una imprudencia<sup>206</sup>. ROMEO CASABONA explica que si bien las normas deontológicas orientan al médico, “en ningún caso puede fundamentarse una responsabilidad penal en normas

<sup>204</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p.98.

<sup>205</sup> HAVA GARCÍA, E.: La imprudencia médica, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2001, p. 54.

<sup>206</sup> *Ibíd.*, p. 55.

éticas o deontológicas que no hayan recibido una plasmación jurídica neta<sup>207</sup>. Así, LÜTTGER afirma que “no se entiende cuáles serían los principios ético-profesionales que podrían permitir explicar la corrección técnica de la ejecución de una operación”<sup>208</sup>.

Con una posición contraria a la anterior defendiendo la inclusión de las normas éticas (deontológicas) en la *lex artis*, BUSTOSRAMÍREZ Y HORMAZÁBAL MALARÉE, reconocen la categorización entre las reglas técnicas respecto de las éticas, incluso dándole mayor relevancia a las segundas. En este sentido, aseveran que “la complejidad de la vida moderna ha llevado a que en ciertas profesiones, por su trascendencia en ella, se complete por los propios profesionales o técnicos una determinada regulación de su actividad que se contiene, por regla general, en códigos de ética profesional o que sin encontrarse dentro de éstos, se denominan simplemente reglas técnicas. El conjunto de estas reglas éticas y técnicas se denominan *lex artis*”<sup>209</sup>.

Pese a lo anotado, GARCÍA BLÁZQUEZ y CASTILLO CALVÍN, subordinan el ámbito deontológico a la *lex artis*, precisando que la forma de actuar en el quehacer médico-sanitario vendrá dado por las circunstancias del caso, insistiendo en la prevalencia que la *lex artis* tendría sobre las normas y reglamentos, incluso por encima de códigos deontológicos y profesionales<sup>210</sup>.

<sup>207</sup> ROMEO CASABONA, C.: El médico ante el derecho, Ed. Ministerio de Sanidad y Consumo, 3.ª reimpresión, Madrid. 1990, p. 72; además: VILLACAMPA ESTIARTE, C.: Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales, Ed. Aranzadi, Navarra. 2003, p. 101 y 109; atribuye los códigos deontológicos a la ética, mas no a lo técnico, característica a tener en cuenta para examinar un comportamiento.

<sup>208</sup> LÜTTGER, H.: Medicina y Derecho Penal, trad. BACIGALUPO, E., Ed. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid. 1984, p. 136. Este autor precisa que sólo en raras oportunidades la ciencia jurídica se plantea la cuestión de incluir junto a los conocimientos y la experiencia de la medicina los «principios de un médico que obra a conciencia» [...] “La liberación del Derecho Penal del pensamiento eticista profesional, tanto en la indicación como en la ejecución de las intervenciones médicas, contribuye a una mayor claridad y seguridad jurídica, dado que la ética profesional atraviesa un momento de complicadas discusiones y falta de claridad”.

<sup>209</sup> BUSTOS RAMÍREZ, J. y HORMAZABAL MALARÉE, H.: “Lecciones de Derecho Penal. Parte General”, Ed. Trotta, Madrid. 2006, p. 307.

<sup>210</sup> Haciendo referencia a los tiempos de *Hipócrates*, infiriendo las reglas deontológicas como parte de la *lex artis*: “Tener la debida consideración y respeto al enfermo y familiares

Así las cosas, las opiniones son diversas, algunas incluyendo las normas éticas y otras excluyéndolas de la *lex artis*<sup>211</sup>.

Frente a esta disparidad de opiniones, nos parece acertado el posicionamiento de RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, al afirmar que las normas éticas recogidas en los códigos deontológicos tienen como finalidad primordial establecer las pautas de comportamiento del médico en relación con su paciente, con otros profesionales sanitarios y con la propia profesión. De igual forma, el ámbito deontológico apreciable desde la práctica médica tendrá estrecha vinculación con el secreto profesional, con la forma de gestionar la relación con el enfermo, con cuestiones de orden económico, etc. En este sentido, la incompatibilidad del ámbito deontológico con la *lex artis* es ilustrada por el autor cuando alude a que dichas reglas (deontológicas) no tienen utilidad de cara a una operación de apendicitis, de un enfermo que entra en el servicio de urgencias con un traumatismo craneo-encefálico, o ante un embarazo ectópico<sup>212</sup>, estableciendo de esta forma una clara línea divisoria entre las reglas médicas eminentemente técnicas en relación a las deontológicas.

Entendida la *lex artis* como eminentemente técnica, sus reglas vendrán dadas conforme a cada fase de la actividad médico sanitaria, confórmela especialidad de que se trate. Así las cosas, la medicina se dividiría en cuatro fases: la anamnesis, diagnóstico, pronosis y tratamiento. La *anamnesis*, fase en donde se confecciona el historial clínico, en base a la recolección de datos tanto pasados como presentes. El *diagnóstico*<sup>213</sup>, aludida a la recolección de

---

percibiendo, cuando sea procedente, honorarios justos y proporcionados al servicio prestado”, vid. GARCÍA BLÁZQUEZ, M. y CASTILLO CALVÍN, J.: Manual práctico de responsabilidad de la profesión médica, 3.ª edición, Ed. Comares, Granada. 2011, p. 341 y 342.

<sup>211</sup> Poner que Casabona, también está en nota 922 de FEIJÓO hacer referencia a unas sentencias que toman en cuenta las normas deontológicas.

<sup>212</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p. 119.

<sup>213</sup> CRESPI cit. en JORGE BARREIRO, A.: La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Ed. Tecnos, Madrid. 1990, p. 55, respecto de la diagnosis: “uno de los aspectos más delicados de la imprudencia profesional del médico, pues aquella resulta de un conjunto de razonamientos e intuiciones difícilmente controlables”. También, QUINTANO RIPOLLÉS, A.: Derecho penal de la culpa, Ed. Bosch, Barcelona. 1958, p. 504 “...el cálculo de resistencia de materiales de un puente resultó errado, ocasionando su hundimiento, son cuestiones de hecho que apenas ofrecen portillo alguno a la duda; en cambio, decidir si el diagnóstico de un médico fue equivocado o si la operación se llevó a cabo con toda diligencia y pericia debidas, resulta

datos sobre la salud del paciente, lo que implica en la gran mayoría de los casos la realización de investigaciones y pruebas clínicas, con cuyo resultado el médico analizará el tipo de tratamiento. Las actividades diagnósticas a su vez se clasifican por: a) El número de intervinientes (por una persona o pluripersonales); b) Por los medios que se utilicen: actos corpóreos (sobre el cuerpo del enfermo) y extracorpóreos (fuera del cuerpo del paciente *v.gr.* la analítica clínica); y, c) Por la complejidad y riesgos para el paciente, por una parte intervenciones diagnósticas con bajo riesgo, y pruebas diagnósticas que entrañan riesgos (se caracterizan por su mayor agresividad, *v.gr.* endoscopias, laparoscopias). La *prognosis*: una vez con el cuadro clínico del paciente y emitido el diagnóstico, conlleva el posible desarrollo de la enfermedad en caso de que no sea tratada adecuadamente, así como proponer las vías de tratamiento y los resultados que podrían tener en relación con la curación o mejoría. El *tratamiento*: es la razón de ser de la atención sanitaria al constituirse en el epicentro donde todas las fases convergen<sup>214</sup>. Es importante resaltar que la finalidad del tratamiento no implica únicamente el curar la dolencia del enfermo, sino que al no poder curarla, se ponga en práctica el tratamiento adecuado para mejorar la situación. De esta manera, las cuatro fases de atención sanitaria se pueden subsumir en diagnóstico y tratamiento, siendo que la anamnesis y la prognosis conforme lo explica CRESPI “no constituye un momento autónomo de la actividad médica, estando muy vinculado a la averiguación diagnóstica”<sup>215</sup>.

### 3.3.3. Contenido práctico de la *lex artis*

Como ha quedado de manifiesto, corresponde tomar en consideración que la *lex artis* gravita en función de las diferentes especialidades en la atención médico-sanitaria. Un ejemplo de ello es el campo anestésico, posiblemente la

---

las más de las veces imposible, al menos en el grado de certidumbre que una condena criminal requiere”.

<sup>214</sup> CRESPI cit. en JORGE BARREIRO, A.: La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Ed. Tecnos, Madrid. 1990, p. 59, “es un juicio sobre el proceso y el desenlace futuro de la enfermedad”.

<sup>215</sup> *Ídem.*

especialidad de mayores riesgos profesionales y legales<sup>216</sup>; materia en donde no infrecuentemente surgen luctuosos acontecimientos producto de las erróneos procedimientos, muchos de los cuales han sido recurridos ante los Tribunales<sup>217</sup>. Así, la anestesiología se halla contenida en tres partes de actuación: a) La fase *preanestésica*: donde el anestesiólogo-reanimador, a más de revisar la historia clínica se reunirá con el paciente en aras de recopilar datos y conocer experiencias anestésicas previas, hábitos de vida, historia familiar, problemas anestésicos que pueden gravitar en el proceso, y un examen físico del paciente. Cumplidos estos procedimientos el especialista establecerá el tipo de anestesia, los riesgos, las indicaciones y contraindicaciones del mismo. En ocasiones el acto preanestésico inicia inmediatamente antes de la intervención, previa consulta de la historia clínica del paciente y con una exploración básica, o en su defecto con mucha antelación complementando el procedimiento con estudios profundos especialmente en situaciones de riesgo; b) La fase *intraoperatoria* o *narcosis*: período en el que el paciente está exclusivamente al cuidado del anestesiólogo<sup>218</sup>, quien monitorizará al paciente y reaccionará ante los posibles cambios que se puedan producir (la oxigenación, ventilación, circulación y temperatura corporal del paciente deben ser continuamente evaluadas; y, c) La fase *postanestésica*: en la que se efectúa la reanimación del paciente y el paso del mismo a una de las unidades de recuperación o área equivalente, comúnmente denominada “sala de despertar”, en la que se contará con la

<sup>216</sup> GARCÍA BLÁZQUEZ, M. y CASTILLO CALVÍN, J.: Manual práctico de responsabilidad de la profesión médica, 3.<sup>a</sup> edición, Ed. Comares, Granada. 2001, p. 121.

<sup>217</sup> STS de 13 de octubre de 1981 (ROJ 5168/1981) (Pte. Gómez de Liaño Cobaleda); STS de 19 de febrero de 1982 (ROJ 1260/1982) (Pte. Gómez de Liaño Cobaleda); STS de 11 de junio de 1982 (ROJ 271/1982) (Pte. Huerta y Álvarez de Lara); STS de 13 de julio de 1987; STS de 22 de abril de 1988 (ROJ 2891/1988) (Pte. Vivas Marzal); STS de 20 de noviembre de 1989 (ROJ 10695/1989) (Pte. Sierra Gil de la Cuesta); STS de 1 de diciembre de 1989 (ROJ 6974/1989) (Pte. Moner Muñoz); STS de 5 de febrero de 1990 (ROJ 14832/1990) (Pte. Carrero Ramos); STS de 28 de diciembre de 1990 (ROJ 9862/1990) (Pte. Soto Nieto); STS de 4 de septiembre de 1991 (ROJ 7509/1991) (Pte. Martínez-Pereda Rodríguez); STS de 18 de septiembre de 1992 (ROJ 6904/1992) (Pte. Soto Nieto); ATS de 16 de octubre de 1992 (ROJ 3088/1992) (Pte. Granados Pérez); STS de 13 de noviembre de 1992 (ROJ 8416/1992) (Pte. García Miguel); STS de 18 de marzo de 1993 (ROJ 1752/1993) (Pte. Cotta Márquez de Prado); STS de 7 de julio de 1993 (ROJ 14133/1993) (Pte. Román Puerta Luis); STS de 7 de diciembre de 1993 (ROJ 8442/1993) (Pte. Montero Fernández-Cid); STS de 3 de octubre de 1997 (ROJ 5836/1997) (Pte. García-Calvo Montiel); STS de 27 de noviembre de 2001 (ROJ 9257/2001) (Pte. Granados Pérez); STS de 19 de julio de 2002 (ROJ 5513/2002) (Pte. Jiménez Villarejo).

<sup>218</sup> GARCÍA BLÁZQUEZ, M. y CASTILLO CALVÍN, J.: Manual práctico de responsabilidad de la profesión médica, 3.<sup>a</sup> edición, Ed. Comares, Granada. 2001, p. 122.

presencia del anestesista quien deberá tener monitorizado al paciente en todo momento.

Así las cosas, la forma de organización descrita en líneas precedentes constituiría la *lex artis* de la especialidad, cuya desatención acarrearía la responsabilidad del profesional sanitario de llegar a producirse un resultado de lesión en el paciente<sup>219</sup>. Otra especialidad motivo de recurrentes acciones legales es la Hematología, cuyo cometido implica las transfusiones de sangre y que ha servido para explicar los estándares médicos a seguir: *v.gr.* un caso que motivó el debate doctrinal trascendiendo al ámbito judicial es el que resuelve la STS de 18 de noviembre de 1991<sup>220</sup>. De esta manera y conforme la *lex artis* de esta especialidad, primero se deberá determinar el grupo sanguíneo del paciente receptor mediante los análisis realizados en ese momento, sin que se puedan hacer uso de análisis anteriores. Luego se ha de comprobar la compatibilidad de la sangre con la del paciente al que se va a transfundir utilizando la técnica denominada como “pruebas cruzadas”.

La importancia en describir este procedimiento radica en que es esta especialidad en donde son concurrentes las desatenciones y omisión es por parte de los profesionales sanitarios en relación al cumplimiento de los protocolos establecidos (*lex artis*); motivando varios fallos judiciales cuyas condenas no solo que se direccionan a los autores de primera mano, sino

---

<sup>219</sup> GARCÍA BLÁZQUEZ, M. y CASTILLO CALVÍN, J.: Manual práctico de responsabilidad de la profesión médica, 3.ª edición, Ed. Comares, Granada. 2001, p. 125, enumera los errores o conductas reprochables que tienen más frecuencia en la práctica de la anestesiología: Omisión del examen preanestésico o estudio indebido o insuficiente del mismo; error en la imprudencia en el dictamen de indicación o contraindicación; error en la técnica anestésica; abandono del quirófano durante la anestesia, justificada o no; abandono o descuido en el control del enfermo durante la anestesia; producción de lesiones cerebrales como consecuencia de los fármacos utilizados, su cantidad o su prolongación en el tiempo o incluso por falta de valoración de otras concausas ajenas a la anestesia que podrían provocar esta situación; falta de revisión o de control de las máquinas y monitores, antes o durante la anestesia; abandono del enfermo antes de estar en manos de otros especialistas en cuidados reanimatorios o intensivos; narcosis inadecuada que puede provocar accidentes quirúrgicos; delegación de los cuidados del enfermo, monitores, etc., en persona profesional no cualificada, ya sea de hecho o de derecho.

<sup>220</sup> STS de 18 de noviembre de 1991. De igual forma, otros casos que han sido motivo de fallos judiciales respecto a la especialidad de hematología, *vid.* STS de 13 de octubre de 1981 (ROJ 5168/1981) (Pte. Gómez de Liaño Cobadela); STS de 5 de julio de 1991 (ROJ 7602/1991) (Pte. Soto Nieto); STS de 28 de febrero de 1990 (ROJ 1833/1990) (Barbero Santos); STS de 11 de junio de 1982 (ROJ 271/1982) (Pte. Huerta Y Álvarez De Lara).

también a aquellos sanitarios que forman parte de la cadena en el tratamiento. Sin embargo, independientemente a la referencia de los procedimientos descritos en líneas anteriores, no dejan de ser motivo de causas legales especialidades como la radiología, la odontología, la ginecología y obstetricia, enfermería, entre otras.

#### 3.3.4. Valor jurídico-penal de las reglas de cuidado

Toda actividad humana que implique algún tipo de riesgo conllevará la implementación de ciertas normas en procura de evitar o controlar los mismos, posibilitando de esta manera el desarrollo de las actividades cotidianas sin tener que lesionar el bien jurídico protegido<sup>221</sup>. En este sentido, los reglamentos cumplen una función esencial en la vida moderna<sup>222</sup>. Resulta impensable que el ser humano se vea impedido a desarrollar su vida prescindiendo de sus actividades diarias con el propósito de prevenir los riesgos existentes, y más tratándose de actividades profesionales como en nuestro caso el ámbito médico-sanitario. El ermitaño probablemente sólo en la leyenda viva sano y feliz, pero ¿quién puede permitirse el convertirse en un ermitaño?<sup>223</sup> Sin embargo, será necesario procurar evitar los riesgos a través de medidas que aseguren o por lo menos contengan el riesgo de lesión, esto es: “reducir los peligros a una medida socialmente aceptable”<sup>224</sup>.

---

<sup>221</sup> A manera de antecedente respecto de las primeras reglamentaciones, podemos referirnos al Código de Hammurabi y el Juramento Hipocrático.

<sup>222</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZABAL MALARÉE, Hernán: “Lecciones de Derecho Penal. Parte General”, Ed. Trotta, Madrid. 2006, p. 305. Resulta interesante el análisis que hace la alta magistratura en la STS de 5 de septiembre de 2001 (ROJ 6710/2001) (Pte. Delgado García) “La conciencia social y el disfrute de las comodidades inherentes al desarrollo de los pueblos exigen el que haya de tolerarse actividades que inevitablemente conllevan determinados riesgos; pero, como contrapeso ineludible de tal tolerancia, en cada una de esas actividades hay una serie de normas, escritas o no, que garantizan el que puedan desarrollarse dentro de unos límites tolerables. El riesgo socialmente permitido ha de estar controlado por la adopción de una serie de medidas que lo enmarcan para que no exceda de lo imprescindible. Un mayor desarrollo económico se corresponde con un mayor número de actividades peligrosas y con una más exigente legislación protectora frente a éstas”.

<sup>223</sup> JAKOBS, G.: La imputación objetiva en Derecho penal: estudio preliminar de SUÁREZ GONZÁLEZ, C. y CANCIO MELIA, M., trad. CANCIO MELIA, M., Ed. Civitas, Madrid. 1996, p. 118.

<sup>224</sup> CHOCLÁN MONTALVO, J.: “Deber de cuidado y delito imprudente”, Ed. Bosch, Barcelona. 1998, p. 92.

Como ha quedado anotado *supra* al tratar el deber de cuidado, se ha explicado que este se halla constituido de una parte exógena, esto es, el elemento normativo, en el que se encuentran las denominadas reglas extrapenales o llamadas también “reglas del tráfico”(escritas o no)<sup>225</sup> *v.gr.* el tráfico rodado, transportes o almacenamiento de sustancias inflamables, elaboración y distribución de fármacos, explotación de energías, actividades industriales y mineras, construcción, fabricación y comercialización de productos de consumo, elaboración y tráfico de sustancias peligrosas o nocivas para la salud, investigación y experimentación de nuevas tecnologías, etc.; todas ellas escritas, mismas que por su fuente de procedencia tienen el carácter de jurídicas.

Dicho lo anterior, existen ámbitos donde su reglamentación se halla contenida en normas (en algunos casos, ni escritas) las cuales se basan en la común experiencia humana<sup>226</sup>, la práctica científica o técnica, en las que el cuidado, diligencia o prudencia requerida, se orientan conforme las reglas denominadas por la doctrina y la jurisprudencia como *lex artis*<sup>227</sup> (*v.gr.* el ámbito

---

<sup>225</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p. 84 prefiere adoptar “reglas de cuidado” a “normas de cuidado”, en aras de evitar una confusión: “La expresión «norma de cuidado» deber reservarse a la fuente del deber de cuidado, aquella que representa el aspecto secundario de las normas prohibitivas, y cuyo contenido debe ser deducido en cada caso concreto. Mientras que las reglas de cuidado son normas abstractas extrapenales que nacen con la finalidad de ordenar con carácter general una determinada actividad, la norma de cuidado es una categoría o elemento que forma parte del tipo penal y que habrá que identificar para cada situación concreta objeto de enjuiciamiento”.

<sup>226</sup> Normas de la común y sabida experiencia que la jurisprudencia condiciona a que sean tácitamente “observada” y “guardada”, *vid.* STS de 1 de julio de 1980 (ROJ 4852/1980) (Pte. Gil Sáez). Al respecto PAREDES CASTAÑÓN, J.: “Límites de la responsabilidad penal individual en supuestos de comercialización de productos defectuosos: algunas observaciones acerca del «caso de la colza»”, en *PJ*, núm. 33, 1994, p. 426 “...en los ámbitos no regulados administrativamente –o más allá de los mismos–, dada la parquedad de las disipaciones penales (que se limitan a sancionar resultados antijurídicamente producidos, sin explicar los fundamentos de dicho juicio de antijuridicidad), todo el proceso de determinación de la responsabilidad penal se mueve en un campo tan nebuloso como es el de la Teoría de la Decisión (determinar cuál era la decisión correcta en una situación dada), que no es, desde luego, el más adecuado para proporcionar seguridad jurídica a los sujetos intervinientes”.

<sup>227</sup> Conforme ya lo habíamos apuntado *supra* al tratar la *lex artis*, CORCOY BIDASOLO, M.: El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado, Ed. Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona. 1989, p. 105, conceptúa a la *lex artis*, como un “principio que preside las actuaciones de los profesionales en el ejercicio de su oficio y, en particular, en el campo de las profesiones liberales, en las que existiendo reglamentaciones específicas, éstas no tienen una importancia determinante en la configuración del deber objetivo de cuidado por lo que será,

médico-sanitario)<sup>228</sup>. Así las cosas, una de las cuestiones a dilucidar es si dichas reglas de cuidado—normas extrapenales o reglas del tráfico— como se las quiera llamar, inciden en la determinación de la responsabilidad penal; esto es, si contienen algún valor jurídico-penal<sup>229</sup>. La cuestión no se presenta pacífica pues hay quienes aseguran que las reglas de cuidado tienen relación directa (se identifican) con el concepto penal de “norma de cuidado”<sup>230</sup>.

Siendo posición mayoritaria en la doctrina se sostiene que las reglas de cuidado únicamente constituyen “indicios”<sup>231</sup> o pautas orientativas<sup>232</sup>

---

en estos casos, la «*lex artis*» el principio rector de las actuaciones del personal médico, policía, abogados”.

<sup>228</sup> GARCÍA RIVAS, N.: «La imprudencia “profesional”: Una especie a extinguir», en *Revista de Derecho Social*, núm. 6, 1999, p. 89, reconoce la difícil tarea a diferencia del delito doloso en donde examina la voluntad del infractor, no así en el delito imprudente, en cuyo caso tendrá que crear una pauta de comportamiento cuidadoso en la situación concreta, apoyado en ciertos ámbitos de regulación, dificultándose en el caso del ámbito médico, huérfano de recursos normativos por mucho que se vea sometido a un paulatino proceso de protocolización, en cuya circunstancia el juzgador se verá obligado a echar mano de un instrumento ajeno al Derecho positivo como lo es su bagaje de experiencia, asentando exclusivamente en ella el modelo de conducta exigido al autor.

<sup>229</sup> Es preciso destacar que, con la regulación inmediatamente anterior a la aprobación del Código penal de 1995, es decir, la aprobada mediante LO 3/1989, de 21 de junio, en sus artículos 586 bis y art. 600, hacían depender de la infracción de reglamentos la imposición de la pena o multa en su caso. La imprudencia simple con infracción de reglamentos implicaba una mayor respuesta penal que le otorgaba que la otorgada a la simple sin infracción de reglamentos, en mérito de la —supuesta— mayor falta de diligencia. Así, autores clásicos como SILVELA, L.: *El Derecho Penal*. Estudiado en principio y en la legislación vigente en España, 2.ª parte, Ed. Imprenta de M.G. Hernández, Madrid. 1879, p. 162, defendía esta forma de criminalización del delito imprudente de la siguiente forma: “El que, contra Ordenanzas de policía, amontona dentro de poblado sustancias inflamables, es causa por este hecho del incendio o del daño que se produzca, y que hubiere evitado acomodándose a las reglas de prudencia dictadas por la administración. La autoridad había previsto y, por esto, había dictados las reglas de prudencia convenientes. Prudente, como la administración, hubiera sido el ciudadano si las hubiese observado: justo es considerarle como más imprevisor, y más culpable por consiguiente, que aquél a quién ninguna advertencia previa se había hecho, y que tenía que deducir por el propio esfuerzo de su inteligencia los daños probables o cuando menos posibles”.

<sup>230</sup> DOLZ LAGO, M.: *Las imprudencias punibles en la construcción*, Ed. Comares, Granada. 1996, p. 55, sostiene que “la norma reglamentaria en *actividades de riesgo o peligrosas* condensa en su mandato imperativo el criterio que la experiencia ha acreditado como adecuado al desarrollo con seguridad de esa actividad peligrosa, de forma que se garantice, en la medida posible, ya que es imposible garantizar por completo la seguridad de una acción humana, que no se produzcan resultados dañosos o lesivos a los bienes jurídicos puestos en peligro por esa misma actividad”.

<sup>231</sup> CHOCLÁN MONTALVO, J.: “Deber de cuidado y delito imprudente”, Ed. Bosch, Barcelona. 1998, p. 95, se refiere a las reglas del arte, reglas técnicas o normas no jurídicas, como normas con una función indiciaria. Siendo más categórico, FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: *Resultado lesivo e imprudencia*. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del «fin de protección de la norma de cuidado», Ed. J.M. Bosch, Barcelona. 2001, p. 301,

(MAURACH las denomina esquemáticas)<sup>233</sup>, y otros llegan a asociar la infracción de las reglas de cuidado con la infracción del deber de cuidado penalmente relevante<sup>234</sup>; de tal forma que cumpliéndose los demás requisitos típicos su infracción determinaría el nacimiento de la imprudencia.

SHÜNEMANN, contrario a la vinculación de las reglas técnicas y su aplicación del Derecho, critica la posición de NICKLISCH, en este sentido:

---

señala que algunas reglas generales de cuidado no sirven ni como indicio por ser tan generales y abstractas. CORCOY BIDASOLO, M.: El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado, Ed. Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona. 1989, p. 106. MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: Derecho Penal. PG, Ed. Tirant lo Blanch, 9.ª edición, Valencia. 2015, p. 307, pese a calificar de indicios las reglas y principios de la experiencia, considera que nunca serán una prueba irrefutable de que se actuó imprudentemente, *v.gr.* el invadir el lado izquierdo de la calzada cuando no viene nadie en contra para evitar atropellar un niño es, a pesar de la infracción formal, un acto prudente; sin embargo, el seguir por el mismo lateral puede ser imprudente. Por tanto, lo que importa es la lesión subjetiva del deber de cuidado. SCHÜNEMANN, B.: “Problemas dogmáticos del concepto jurídico indeterminado «Reglas de la técnica»” en ADP, núm. 47, 1994, p. 331 “...se reconoce generalmente que la vulneración de la norma de comportamiento abstracta no implica necesariamente una falta concreta de diligencia, sino que en el mejor de los casos puede aportar un *indicio* de ello”. FRISCH, W.: “Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo”, en MIR PUIG, S. y LUZÓN PEÑA, D. (coord.): *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Ed. JM Bosch, Barcelona. 1996. p. 120.

<sup>232</sup> VIVES ANTÓN, Tomás: “La imprudencia punible en la Reforma de 1989”, en *Revista de Derecho Público*, Comentarios a la Legislación Penal, vol. 2, t. XIV, 1992, p. 966.

<sup>233</sup> Este autor explica: “La infracción de disposiciones de seguridad no prejuzga necesariamente ni la causación del resultado material ni tampoco la infracción del deber de cuidado exigible al autor”. Reconoce que la infracción de mandatos de seguridad carecen de eficacia *prejudicial*, y no por ello dejan de ser indicios, *vid.* MAURACH, R.: Tratado de Derecho Penal, t. II, traducción y notas de CÓRDOBA RODA, J., Ed. Ariel, Barcelona. 1962, pp. 243 y s.

<sup>234</sup> Pese a no ser muy frecuente en la jurisprudencia, un caso de circulación vial en donde se determina la existencia de un comportamiento imprudente en base a la infracción de una norma administrativa, *vid.* STS 27 de febrero de 2001 (ROJ 1461/2001) (Pte. Jiménez Villarejo) “La gravedad de una imprudencia depende, ante todo, de la gravedad de la infracción de la norma de cuidado que ha dado lugar a la producción de un resultado objetivamente ilícito. El desvalor de la acción es directamente proporcional a la gravedad de la infracción de la norma de cuidado. De la norma de cuidado que rige en cada caso se derivan dos deberes de cuidado que algún sector de la doctrina ha caracterizado como interno y externo. El deber de cuidado interno obliga a prever el peligro que con ciertas acciones y en determinadas situaciones se puede crear. El deber de cuidado externo obliga a comportarse de forma que el peligro advertido no se materialice en una lesión concreta. En la circulación vial, las normas de cuidado que debe respetar el conductor de un vehículo de motor no son puramente socio-culturales sino que se encuentran positivizadas en un texto legal y en su desarrollo reglamentario”. Sobre esta cuestión PAREDES CASTAÑÓN, J.: “Límites de la responsabilidad penal individual en supuestos de comercialización de productos defectuosos: algunas observaciones acerca del «caso de la colza»”, en *PJ*, núm. 33, 1994, p. 424 y ss., el autor analiza si el cumplimiento de las medidas de cuidado administrativamente impuestas excluye la responsabilidad penal por imprudencia o, en otro caso, cuál es el criterio de enjuiciamiento de dicha imprudencia penal.

“aquellos que en virtud de sus conocimientos técnico-científicos trabajan en el desarrollo de un sistema técnico también deberían efectuar continuamente previsiones y (necesariamente) las valoraciones correspondientes, tarea para la que los tribunales no están ni técnica ni personalmente capacitados, de manera que el ordenamiento jurídico, al remitirse a estándares técnicos, ha reconocido una competencia material originaria de los especialistas científico-técnicos, que no se limita a la determinación de hechos, sino que, en virtud de la estrecha conexión material existente, también se extiende a las previsiones y valoraciones correspondientes; por ello, el aplicador del derecho, según NICKLISCH, está vinculado a la opinión *mayoritaria* de los expertos técnicos y en consecuencia, como ésta cristaliza en las regulaciones técnicas, también a estas regulaciones técnicas”<sup>235</sup>. Validando la aplicación de la reglas de cuidado con una posición más radical, NAMIAS afirma que “para el juicio contrario a cuidado es suficiente poder constatar la infracción de un modelo de conducta establecido previamente, sea éste escrito (por ejemplo, normativa referente al tráfico viario) o no escrito (por ejemplo, *lex artis*)”<sup>236</sup>.

#### 2.4.4.1. Carácter indiciario de las reglas de cuidado

Desde una perspectiva totalmente opuesta considerando a las reglas de cuidado como indiciarias CORCOY BIDASOLO explica que “las pautas de conductas previstas por una «regla técnica», ya sea legal o consuetudinaria, tienen un carácter indicativo o guía orientativa”<sup>237</sup>. Esta autora, hace énfasis en que dichas reglas de cuidado no son materia de prohibición penal, por el

---

<sup>235</sup> SHÜNEMANN, B.: “Problemas dogmáticos del concepto jurídico indeterminado «Reglas de la técnica»” en *ADP*, núm. 47, 1994, p. 333.

<sup>236</sup> NAMIAS, O., cit. en RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p. 88.

<sup>237</sup> Interesante resulta la distinción que hace la autora, diferenciándola norma de cuidado: norma penal y, como tal, prevista en los tipos penales; el deber de cuidado: tanto objetivo como subjetivo, misma que determina una de las formas posibles en que se debe realizar la conducta para que ésta sea correcta; con las reglas técnicas, normas de seguridad o reglas de conducta (reglas generales de cuidado). Refiriéndose a las últimas, como aquellas que se establecen para aquellos supuestos en que la experiencia general de la vida demuestra la gran probabilidad de que una acción de este tipo lesione efectivamente un bien jurídico. CORCOY BIDASOLO, M.: “El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado”, Ed. Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona. 1989, p.102 y 103.

contrario, serán criterios rectores en las conductas de las actividades peligrosas<sup>238</sup>.

CHOCLÁN MONTALVO, respecto a estas reglas (reglas preventivas de cuidado) considera su falta de vinculación directa con la infracción del deber de cuidado. Prueba de ello, es que en ocasiones pese a su observancia se puede acarrear un riesgo no permitido, *v.gr.* el conductor que se percata de que un peatón se dispone a irrumpir inopinadamente en la carretera, no le estará permitido ampararse en que no rebasó el límite de velocidad establecido para la vía. De igual forma, el sujeto que pese a cumplir con las disposiciones formales acerca de la prevención de incendios deberá observar medidas más extensas y adecuadas a las características del caso respectivo<sup>239</sup>. Por ello se afirma que lo importante para aseverar la infracción del deber de cuidado es que se infrinja la *norma particular de cuidado*, que no siempre coincidirá con las regulaciones concebidas sólo generalmente; pero que en definitiva, servirían como una *pre-valoración* respecto del comportamiento efectuado.

Así las cosas, pese a lo indiciario de las reglas de cuidado (normas extrapenales) su utilidad radicaría en cierta medida a evitar que el desarrollo de determinadas actividades rebasen el límite de lo tolerado. En este sentido, para cierto autor la infracción de dichas reglas constituye un «indicio cualificado» de falta de cuidado, lo cual no quiere decir que aquello baste para considerar una conducta como imprudente<sup>240/241</sup>. De forma radical BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZABAL MALARÉE, explican que el infringir un reglamento de cuidado

<sup>238</sup> La autora considera que la relevancia penal surge de la infracción del deber objetivo y subjetivo de cuidado, esto es, de la infracción de la norma de cuidado. CORCOY BIDASOLO, M.: "El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado", Ed. Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona. 1989, p. 106.

<sup>239</sup> El apartarse de la *lex artis* no se debe identificar como infracción del deber de cuidado pues, la *lex artis* sólo describe el contexto empírico en el que el Juez debe formar juicio de valor, *vid.* CHOCLÁN MONTALVO, J.: "Deber de cuidado y delito imprudente", Ed. Bosch, Barcelona. 1998, pp. 93 y 170.

<sup>240</sup> HAVA GARCÍA, E.: La imprudencia inconsciente, Ed. Comares, Granada. 2002, p.146.

<sup>241</sup> WOLFGANG, F.: Comportamiento típico e imputación del resultado, trad. de la edición alemana por CUELLO CONTRERAS, J. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J., Ed. Marcial Pons, Madrid. 2004, p. 119, si bien la desviación de las reglas directrices, recomendaciones de cuño meramente empírico, posibilitan la fundamentación del juicio de previsibilidad, asevera el autor que no significarían demasiado para la existencia o inexistencia de la conducta típica.

conforme a la actividad que se trate, no representa que se esté frente a un hecho imprudente, puesto que “lo básico o esencial del tipo legal es la imprudencia, no la infracción del reglamento”<sup>242</sup>. En consecuencia, al parecer las pautas de cuidado positivadas sólo contendrían una llamada de atención sobre las medidas de carácter general<sup>243</sup>, siendo su mayor ventaja estriba la contribución al cumplimiento del principio de certeza dándole contenido a los tipos imprudentes al erigirse como indicativo para las necesarias valoraciones que debe llevar a cabo el juez<sup>244</sup>. Siguiendo esta línea argumentativa, VIVES ANTÓN prevalido de un ejemplo, pretende demostrar a las normas reglamentarias como simples «reglas del orden»: “el conductor que circula por la izquierda o el que toma una curva a velocidad superior a la permitida puede, no obstante su infracción reglamentaria, no infringir en absoluto el *deber de cuidado*; pues el deber de cuidado nace del *riesgo efectivo* que corra el objeto de protección”<sup>245</sup>.

---

<sup>242</sup> BUSTOS RAMÍREZ, J. y HORMAZABAL MALARÉE, H.: “Lecciones de Derecho Penal. Parte General”, Ed. Trotta, Madrid. 2006, p. 306. Estos autores ilustran la no necesaria infracción del cuidado por la inobservancia de los reglamentos, *v.gr.* “La persona que lleva al herido de gravedad en su coche a una velocidad no permitida por los reglamentos, puede sustituir esa precaución por el toque constante de la bocina y la presencia de un pañuelo flameante que se asoma por una de las ventanas. CORCOY BIDASOLO, M.: El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado, Ed. Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona. 1989, p.109 y 110, advierte de la equiparación de la infracción de una regla general de cuidado a la infracción de la norma de cuidado “...en otras palabras, la afirmación de que la inobservancia de las reglas generales de cuidado -en el sentido de disposiciones de seguridad- se deriva de forma inmediata la realización típica de un hecho imprudente es otra forma de aplicación del denostado criterio del «*versari in re illicita*»”. Además, el avance en el desarrollo del criterio jurisprudencial español, dejando atrás el criterio “versarista”, para establecer que la infracción de reglamentos tenga incidencia en la causación del accidente o que los reglamentos infringidos tuviesen la finalidad de evitar ese concreto resultado.

<sup>243</sup> HAVA GARCÍA, E.: La imprudencia inconsciente, Ed. Comares, Granada. 2002, p. 146.

<sup>244</sup> El juez o tribunal no crea la norma de cuidado, sino que se limita a comparar si la actuación del sujeto se corresponde con la norma de cuidado dispuesta con carácter previo para tales situaciones, *vid.* DAUNIS RODRIGUEZ, A.: “La imprudencia menos grave”, en *Revista electrónica InDret*, Barcelona, julio de 2018. También, GARCÍA RIVAS, N.: «La imprudencia “profesional”: Una especie a extinguir», en *Revista de Derecho Social*, núm. 6, 1999, p. 89, reconoce la difícil tarea a diferencia del delito doloso, en donde se examina la voluntad del infractor; no así en el tipo imprudente, en cuyo caso tendrá que crear una pauta de comportamiento cuidadoso en la situación concreta, apoyado en ciertos ámbitos de regulación, lo cual se dificulta en el caso del ámbito médico, huérfano de recursos normativos por mucho que se vea sometido a un paulatino proceso de protocolización, en cuya circunstancia el juzgador se verá obligado a echar mano de un instrumento ajeno al Derecho positivo como lo es su bagaje de experiencia, asentando exclusivamente en ella el modelo de conducta exigido al autor.

<sup>245</sup> VIVES ANTÓN, T.: “La imprudencia punible en la Reforma de 1989”, en *Revista de Derecho Público*, Comentarios a la Legislación Penal, vol. 2, t. XIV, 1992, p. 967.

En desacuerdo con este criterio y haciendo uso del mismo ejemplo, DOLZ LAGO entiende que el conducir por la izquierda en un régimen de circulación que prohíbe el sentido de la marcha supone la infracción de una elemental norma de cuidado, no solo reglamentaria, ya que en virtud del principio de confianza los demás conductores no esperan esa acción y, de producirse, se genera un riesgo grave para la circulación; “por consiguiente hay infracción de norma de cuidado y, por ello, infracción reglamentaria y no sólo infracción reglamentaria sin que se dé la de la norma de cuidado”<sup>246</sup>.

### 3.3.5. Valor de la *lex artis* como norma no jurídica

Apuntado en líneas precedentes que las reglas de cuidado extrapenales emanadas por los poderes públicos e incluso por el ejecutivo (generalmente escritas) tendrían un valor indiciario<sup>247</sup>, existen ámbitos carentes de normas jurídicas de regulación más o menos formales<sup>248</sup>, donde el ordenamiento jurídico no tiene más remedio que acudir al estándar técnico<sup>249</sup> o a la opinión de especialistas del ramo<sup>250</sup>. Un claro ejemplo de aquello es el ámbito médico, disciplina del saber humano que por su propia naturaleza dificulta determinar, cuándo una conducta ha rebasado el riesgo permitido<sup>251</sup>, conculcando con la

<sup>246</sup> DOLZ LAGO, M.: Las imprudencias punibles en la construcción, Ed. Comares, Granada. 1996, p. 54.

<sup>247</sup> WOLFGANG, F.: Comportamiento típico e imputación del resultado, trad. de la edición alemana por COELLO CONTRERAS, J. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J., Ed. Marcial Pons, Madrid. 2004, p. 119, se refiere a este tipo de reglas como la expresión de la experiencia. WELZEL, H.: El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista. Traducción castellana y notas por CEREZO MIR, José, Ed. Ariel S. A, Barcelona. 1964, p. 73, sostiene que: “El hecho de que una acción (que causa un daño) infrinja un principio de experiencia o una “*lex artis*” es, por ello, sólo un *indicio*, pero no una prueba de la falta de observancia del cuidado debido”.

<sup>248</sup> La doctrina se refiere como reglas del arte, normas técnicas, entre otras. En la jurisprudencia entre otras denominaciones, como normas de la común y sabida experiencia, *vid.* STS de 1 de julio de 1980 (ROJ 4852/1980) (Pte. Gil Sáez).

<sup>249</sup> No obstante, el estándar técnico no determina lo que está permitido o no por la sociedad (...). Estándar técnico no equivale a riesgo permitido porque este estándar no obedece a una valoración colectiva sino sólo a una valoración de los que crean, utilizan o se benefician con este riesgo. FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del «fin de protección de la norma de cuidado», Ed. J.M. Bosch, Barcelona. 2001, p. 308.

<sup>250</sup> VENTAS SASTRE, R.: “Imprudencia médica y Derecho penal”, en *CPC*, núm. 87, 2005, p. 177.

<sup>251</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del «fin de protección de la norma de

*lex artis*, siendo nuestro ámbito de estudio donde un procedimiento que en cierto caso puede resultar efectivo, no lo pueda ser para otro<sup>252</sup>. De esta manera, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia el referente para averiguar si determinado comportamiento ha incidido perjudicialmente en el paciente *a priori* se realizará en función de la *lex artis*; parámetro éste de carácter extrapenal y no jurídico emanado por los poderes privados o grupos corporativos.

Así las cosas, resulta ineludible dilucidar el alcance o el valor de dichas normas (en nuestro caso la *lex artis*) como complemento de la norma penal y por ende del deber de cuidado, en aras de establecer la responsabilidad penal.

SHÜNEMANN, desde una postura muy crítica explica que sería inadmisibles “la remisión dinámica a regulaciones privadas; es decir la remisión al contenido correspondiente de regulaciones mudables en el curso del tiempo y de «normaciones» realizadas por instancias privadas, [...] lesionaría el *mandato democrático* [...] al ceder a instancias sociales genuinas competencias legislativas”. Este autor centra esta perspectiva cuestionando “en qué medida ha de permitirse que pongan en peligro los bienes jurídicos sociales protegidos penalmente aquellas empresas y personas particulares que se ocupan de la aplicación de la técnica moderna. Permitir formular a los técnicos aquellas reglas de la técnica que son penalmente relevantes, significaría, en consecuencia, encomendar las ovejas al lobo y atribuir al titular del potencial de peligro el poder de decisión sobre la medida permitida en los riesgos que él mismo crea. Por ello, el entendimiento de las reglas técnicas como una especie de práctica consuetudinaria es erróneo, al no tener en cuenta que el Derecho, al margen de su producción estatal, sólo puede ser

---

cuidado», Ed. J.M. Bosch, Barcelona. 2001, p. 243 aclara, que por la influencia de la imputación objetiva, se ha equiparado o sustituido la referencia a la norma de cuidado por la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, no permitido, típicamente relevante o socialmente adecuado.

<sup>252</sup> Los avances científicos pueden hacer que lo que antes no se toleraba pase a considerarse como una actividad permitida. FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del «fin de protección de la norma de cuidado», Ed. J.M. Bosch, Barcelona. 2001, p. 308.

creado mediante el consenso de *todos los* afectados y no a través de una usurpación unilateral realizada por el potencial causante de la perturbación<sup>253</sup>.

Restando valor jurídico a las normas técnicas, de forma contundentemente, JAKOBS explica que “junto con las regulaciones legales de ámbitos vitales peligrosos aparecen las reglas del arte o normas técnicas y otros sistemas de regulación no formales. Lo prohibido de estas normas no es más que indicio de la naturaleza no permitida de un riesgo, pues el consenso de una asociación de expertos ciertamente es «experiencia acendrada», pero, al contrario que la ley, no contiene valoración alguna<sup>254</sup>. ROXIN, luego de atribuir de igual manera un valor indiciario a las reglas jurídicas (procedencia legislativa) y de las reglas del tráfico, degrada el valor de éstas en razón de la fuente de procedencia. El jurista alemán cuestiona que sean los mismos creadores de los riesgos quienes decidan cuándo estos fundamentan su responsabilidad, privando de esta manera a que la sociedad escoja cuáles de los riesgos está dispuesta a tolerar y hasta dónde está dispuesta a asumirlos<sup>255</sup>. Así se sostiene que la vinculación del juez a las reglas del tráfico

---

<sup>253</sup> “No puede existir ninguna duda de que la principal función de las reglas técnicas para el Derecho, en Derecho penal incluso la única, consiste en formular *exigencias de cuidado* en el desencañamiento y dirección de procesos técnicos [...] por el hecho de que su contenido consiste en la *delimitación de la libertad de actuación del operador de la técnica frente al interés de la víctima potencial de la técnica de permanecer indemne*, y, por tanto, se trata de una resolución de conflictos sociales de intereses para la que están facultados [...] el *legislador* y el *poder judicial*, que deben concretar las leyes, pero no el ejecutivo, ni mucho menos los operadores de la técnica que representan a una de las partes en conflicto”, *vid.* SCHÜNEMANN, B.: “Problemas dogmáticos del concepto jurídico indeterminado «Reglas de la técnica»” en *ADP*, núm. 47, 1994, p. 318 y ss. En este sentido calificando como «perversión penal» el dejar que empresas o sectores se autorregulen mediante la remisión normativa extra penal, *vid.* PASTOR MUÑOZ, N.: *Riesgo permitido y principio de legalidad, La remisión a los estándares sociales de conducta en la construcción de la norma jurídico-penal*, Ed. Atelier, Barcelona. 2019, p. 16 y s.

<sup>254</sup> JAKOBS, G.: *Derecho Penal. PG*, trad. CUELLO CONTRERAS, J. y GONZÁLEZ DE MURILLO, J., 2.<sup>a</sup> edición, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid. 1995, p. 249.

<sup>255</sup> “La delimitación del riesgo permitido, de la que trata estas «normas», no puede efectuarse por estas instituciones privadas ligadas a intereses con la misma autoridad y objetividad que por el legislador. La «norma» puede estar equivocada desde un principio o ser superada por la evolución técnica o no adecuarse al caso concreto; incluso prescindiendo de ello, no se podrá apreciar aún un peligro jurídicamente desaprobado cuando una conducta se desvía sólo de modo insignificante de una norma del tráfico o cuando la seguridad se garantiza de otro modo. La infracción de normas del tráfico es efectivamente por tanto un indicio para la constatación de la imprudencia, pero no hace superfluo un examen judicial autónomo del riesgo creado. Por otro lado, el respeto de las normas del tráfico no excluye necesariamente la creación de un riesgo no permitido. En «supuestos de hecho extraordinarios de puesta en peligro» las exigencias pueden ser más estrictas «que lo que resulta de las reglas concebidas para el caso

(no jurídicas) ha de ser diferente respecto a las reglas jurídicas, pese a que las dos clases carecen de valor penal.

No obstante de los criterios anteriormente expuestos, la consideración de carácter indiciario de las reglas de cuidado no se presenta como algo pacífico, pues GÖSSEL disintiendo con los autores antes referidos atribuye valor a las reglamentaciones creadas por cuerpos privados (informes, recomendaciones o dictámenes) bajo la premisa que finalmente el legislador las tomaría en consideración para establecer preceptos legales<sup>256</sup>. Dicho esto, al parecer la diferencia de las normas jurídicas con las extrajurídicas sería aparente<sup>257</sup>; empero, matiza el autor, éstas últimas en relación al deber de cuidado no podrían decidir por sí solas, si un determinado perjuicio al bien jurídico fue o no descuidado o evitable.

En este sentido y pese a la aparente negativa de que las reglas extrapenales tengan incidencia en la valoración de la infracción del deber de cuidado, en el ámbito médico, al parecer la *lex artis* no resultaría del todo extraña (por lo menos referencial) toda vez que sería útil para comprobar si determinada conducta ha rebasado el riesgo permitido. FRISCH, pese a calificar a las reglas prejurídicas como normas elaboradas para el ejercicio de ciertas actividades basadas en conocimientos empíricos<sup>258</sup>, transmisibles a

---

medio», vid. ROXIN, C.: Derecho penal. PG, t. I, trad. de la 2.<sup>a</sup> edición alemana y notas por LUZÓN PEÑA, D.; GARCÍA CONLLEDO, M. y DE VICENTE REMESAL, J., Ed. Civitas, Madrid. 1997, p. 1003.

<sup>256</sup> “Al establecer reglas legales acerca del cuidado, el legislador debe depender del saber especializado de muy pocas personas (...) También la ley se remite, en algunos casos, a estas mismas reglas extrajurídicas acerca del cuidado: la lesión «de reglas técnicas generalmente reconocidas como correctas en los círculos de los respectivos técnicos» han sido elevadas a la categoría de elemento del tipo, al igual que en muchos casos el contenido de infracciones a las reglas de una profesión son determinadas por los colegios profesionales”, vid. MAURACH, R.; GÖSSEL, K. y ZIPF, H.: Derecho Penal. PG, 2, trad. de la 7.<sup>a</sup> edición alemana por BOFILL GENZSCH, J., Ed. Astrea, Buenos Aires. 1995, p. 149.

<sup>257</sup> *Ibid.*, p.148, “Independientemente de su fijación escrita en conjuntos de reglas jurídicas o extrajurídicas, es sólo la respectiva costumbre real la que decide si una acción ha sido ejecutada con descuido en relación con un perjuicio concreto de un bien jurídico”.

<sup>258</sup> FRISCH, W.: Comportamiento típico e imputación del resultado, trad. de la edición alemana por COELLO CONTRERAS, J. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J., Ed. Marcial Pons, Madrid. 2004, p.119, son reglas de del saber empírico aplicado, las cuales indican los que debe hacerse para poder dominar ciertos peligros, v. gr. La realización previa de determinados test sobre la idoneidad de la anestesia.

través de la formación y el reciclaje profesional, considera no ser aptas para limitar la libertad de acción del individuo, pero sin embargo, contribuirían en lo posible a la máxima reducción de riesgos, encumbrándolas o equiparándolas a los catálogos de las reglas elaboradas por el Estado<sup>259</sup>. En este sentido, algo importante que destaca el autor imbrica en que pese a descartar la incidencia de estas reglas en la determinación de la tipicidad, atribuye su funcionalidad para el juicio de previsibilidad<sup>260</sup>.

Así las cosas, y pese al aparente carácter indiciario de las reglas técnicas (en nuestro caso la *lex artis* médica<sup>261</sup>) debemos recalcar que los tribunales de justicia no han venido siendo ajenos a las reglas del arte médico<sup>262/263</sup>, llegando a solapar el deber de cuidado y las reglas generales de

<sup>259</sup> WOLFGANG, F.: Comportamiento típico e imputación del resultado, trad. de la edición alemana por COELLO CONTRERAS, J. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J., Ed. Marcial Pons, Madrid. 2004, pp. 118 y s.

<sup>260</sup> *Ibid.*, p. 119, "No debe llamar a engaño al respecto que aquí el saber empírico aparezca en forma de reglas de experiencia o de regularidades empíricas. Las respectivas directrices, reglas del arte, etc., en función de su contenido científico-empírico, representan *saber empírico aplicado* [...] la realización previa de determinados *test* sobre la idoneidad de la anestesia tiene que prevenir determinados peligros típicos de una operación que se desarrolla con anestesia las múltiples reglas que han de respetarse para la propia ejecución de la operación sirven para controlar multitud de peligros típicos de operaciones en general y de operaciones concretar en particular. JAKOBS, G.: Derecho Penal. PG, trad. CUELLO CONTRERAS, J. y GONZÁLEZ DE MURILLO, J., 2.ª edición, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid. 1995, p. 388 "la previsibilidad objetiva no desempeña ninguna función que no desempeñe ya el riesgo permitido".

<sup>261</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del «fin de protección de la norma de cuidado» Ed. J.M. Bosch, Barcelona. 2001, p. 244 es determinante estableciendo el carácter indiciario de estas normas: "El dato de partida de que un riesgo se encuentre desaprobado por otra rama del ordenamiento jurídico no es más que un indicio para la imputación jurídico-penal".

<sup>262</sup> "En definitiva la consideración de la jurisprudencia se impone si se quiere comprender el alcance del tipo imprudente en cada sector de la actividad", CHOCLÁN MONTALVO, J.: Deber de cuidado y delito imprudente, Ed. Bosch, Barcelona. 1998, p. 92. Entre la jurisprudencia haciendo referencia a la *lex artis*: STS de 26 de junio de 1980 (ROJ 4565/1980) (Pte. Latour Brotons); STS de 5 de febrero de 1981 (ROJ. 3974/1981) (Pte. Huerta y Álvarez de Lara); STS de 15 de enero de 1986 (ROJ 49/1986) (Pte. Latour Brotons); STS de 27 de mayo de 1988 (ROJ 3994/1988) (Pte. Ruiz Vadillo); STS de 22 de abril de 1988 (ROJ 2891/1988) (Pte. Vivas Marzal); STS de 29 de marzo de 1988 (RJ 1988/2124) (Pte. Soto Nieto) destaca la importancia de prestar cuidadosa atención a la *lex artis* "La práctica de la medicina exige cuidadosa atención a la *lex artis*, sin sentar apotegmas absolutos dada la evolución constante de la ciencia médica, la variedad de tratamientos al alcance del profesional y la diversidad del factor humano sobre que se actúa, exigente de métodos o atenciones diferenciados en correspondencia con su constitución somática y grado de afección de la enfermedad"; STS de 18 de noviembre de 1991 (ROJ 6345/1991) (Pte. De Vega Ruiz); STS de 3 de octubre de 1997 (ROJ 5836/1997) (Pte. García-Calvo Montiel) (Pte. García-Calvo Montiel); STS de 1 de abril de 1998 (ROJ2160/1998) (Pte. Martínez-Pereda Rodríguez); STS de 18 de noviembre de 1998

cuidado<sup>264</sup> para establecer responsabilidad penal por los infaustos acontecimientos en el ejercicio médico-sanitario<sup>265</sup>. Así las cosas, la relatividad al afirmar el valor jurídico de dichas reglas tanto en la doctrina como en la jurisprudencia resulta concluyente; sin embargo, la incidencia que en algunos casos puede llegar a tener el estándar o la reglas del arte (no formales) como baremo para concluir si determinada conducta ha sobrepasado lo tolerado por la ley, es indudable, independientemente de la convivencia que dichas normas tengan con las emitidas por las entidades estatales<sup>266</sup>. MAURACH, a este

---

(ROJ 6831/1998) (Pte. Conde-Pumpido Tourón); STS de 25 de mayo de 1999 (ROJ 3629/1999) (Pte. Martín Canivell); STS de 19 de julio de 2002 (ROJ 5513/2002) (Pte. Jiménez Villarejo); STS de 15 de abril de 1999 (ROJ 2521/1999) (Pte. De Vega Ruiz).

<sup>263</sup> STS de 18 de noviembre de 1991 (ROJ 6345/1991) (Pte. De Vega Ruiz), utilizando la *lex artis* como argumento para exculpar el comportamiento enjuiciado: “La *lex artis*, como norma de comportamiento profesional, señala los límites y ámbito de la obligación médica. Límites y ámbito que, a la vista de lo probado y tal se explicará a continuación, degradan la culpa de la doctora”.

<sup>264</sup> CHOCLÁN MONTALVO, J.: Deber de cuidado y delito imprudente, Ed. Bosch, Barcelona. 1998, p. 96. El autor cita la STS de 17 de noviembre de 1992 (ROJ 8496/1992) (Pte. Soto Nieto) “por la infracción del deber objetivo de cuidado, traducido en normas convivenciales y experienciales tácitamente aconsejadas y observadas en la vida social en evitación de perjuicios a terceros, o en normas específicas reguladoras y de buen gobierno de determinadas actividades que, por fuerza de su incidencia social, han merecido una normativa reglamentaria o de otra índole, en cuyo escrupuloso atendimiento cifra la comunidad la conjuración del peligro dimante de las dedicaciones referidas; hallándose en la violación de tales principios o normas socioculturales o legales, la raíz del elemento de antijuridicidad detectable en las conductas culposas o imprudentes, al provocarse la violación de las susodichas normas, exigentes en el deber de actuar de una forma determinada erigida en regla rectora de un sector actuacional”. De igual forma la STS de 27 de mayo de 1988 (ROJ 3994/1988) (Pte. Ruiz Vadillo) versa: “Se ha producido, pues, una infracción del deber objetivo de cuidado, un error o fallo técnico, unido al primero y una infracción de la «*lex artis*» y se dan también por consiguiente las notas de previsibilidad imprescindibles para la conformación del delito culposo...”; en el ámbito de la seguridad vial, *vid.* STS 27 de febrero de 2001 (ROJ 1461/2001) (Pte. Jiménez Villarejo); CORCOY BIDASOLO, M.: El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado, Ed. Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona. 1989, p. 109 destaca el avance del criterio jurisprudencial español, dejando atrás el criterio “versarista”, para comenzar a establecer que la infracción de reglamentos tenga incidencia en la causación del accidente o que los reglamentos infringidos tuviesen la finalidad de evitar ese concreto resultado.

<sup>265</sup> Destacando la innecesaria regulación jurídica del ámbito médico por lo abstracto y vacío de contenido que pudiesen resultar, reconoce la importancia de la *lex artis* en sustitución de los preceptos jurídicos, JAKOBS, G.: Derecho Penal. PG, trad. CUELLO CONTRERAS, J. y GONZÁLEZ DE MURILLO, J., 2.ª edición, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid. 1995, p. 126.

<sup>266</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, nota 60, p. 92, respecto de la incidencia que van teniendo las reglas privadas de cuidado, destaca: “Se observa entre la doctrina mayoritaria un acuerdo en que estas reglas privadas de cuidado han de tener mayor valor indiciario para el Derecho en la medida en que su elaboración participen los diversos representantes de los intereses en conflicto. Es decir, en la medida en que no sólo se tengan en cuenta los intereses de los que crean los riesgos, sino también de aquellos que los puedan sufrir. O, en el mismo sentido, en la medida en que la Administración controle o participe en su elaboración, *vid.* En el

respecto, advierte que “la observancia del cuidado no podrá tampoco venir dada por el simple cumplimiento de las disposiciones de seguridad prescritas por la ley. La medida de las exigencias se definirá más bien, por la esfera concreta de deberes y por las circunstancias de la situación respectiva”<sup>267</sup>.

Dicha limitación se puede advertir ya en la praxis médica, por ejemplo, en la sentencia sobre las *transfusiones de sangre contaminada* del Hospital de Bellvitge en Barcelona, (STS de 18 de noviembre de 1991) en cuyo caso, las nuevas pruebas de detección de anticuerpos del VIH sólo se habían establecido como obligatorias en Cataluña en virtud de una Orden de la Generalidad de 10 de octubre de 1986. Se planteaba entonces, entre otros problemas, si cabía imputar a título de imprudencia la transmisión del VIH producida en una transfusión realizada con anterioridad a esa fecha en la que se había respetado la normativa administrativa existente en su momento<sup>268</sup>. La sentencia en la parte que interesa, recoge: “imprudencia, si es temeraria, por inobservancia de las más elementales normas de precaución y cautela, no precisa la remisión a norma reglamentaria alguna”<sup>269</sup>.

De lo anterior podemos colegir que el tribunal en absoluto condiciona la inexistencia de una acción imprudente al cumplimiento de reglas o normativas establecidas<sup>270</sup>; por el contrario, a más del respeto a las reglas o normativas, la

---

mismo sentido, SHÜNEMANN: «Problemas dogmáticos del concepto jurídico indeterminado “Reglas de la técnica”» en *ADP*, núm. 47, 1994, p. 316, explica que la producción de normas técnicas puede ser entendida como “una convención lingüística y, en consecuencia, puede ser calificada como *lenguaje profesional* que contempla el lenguaje común”.

<sup>267</sup> “Así, el accidente automovilístico no será causado por la trasgresión del límite máximo de velocidad fijado para las localidades, sino por la medición equivocada del espacio para parar el vehículo. La magnitud de este espacio no depende del máximo de velocidad, sino del tiempo de reacción individual y del espacio para frenar condicionando por el estado de los frenos y del camino”, *vid.* MAURACH, R.: *Tratado de Derecho Penal*, t. II, traducción y notas de CÓRDOBA RODA, J., Ed. Ariel, Barcelona. 1962, pp. 244 y s.

<sup>268</sup> CORCOY BIDASOLO, M.: *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Ed. Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona. 1989, p. 110. Al respecto esta autora, destaca una interesante observación: “Este carácter meramente indiciario que predicamos del cumplimiento de los reglamentos tiene, también, como consecuencia que la observancia de las «reglas técnicas» por parte del autor no impida, de forma absoluta, la imputación a éste de la realización típica, en aquellos casos en que el actuar pudo y debió haber tomado medidas adicionales”.

<sup>269</sup> STS de 18 de noviembre de 1991 (ROJ 6345/1991) (Pte. De Vega Ruiz)

<sup>270</sup> Por ejemplo, las limitaciones generales de velocidad se ven derogadas en la práctica en casos en que por la lluvia o nieve el firme es deslizante, el conductor del vehículo está sujeto a

sentencia parece precisar que se deberá estar a las normas de precaución atendiendo al caso de que se trate. Así, “la imprudencia temeraria no es infracción en blanco, no depende de norma reglamentaria alguna, que puede existir, pero que no es de concurrencia inexcusable para el tipo. La valoración de la culpa está por encima del cumplimiento o incumplimiento de la susodicha Orden, aunque, se repite, su contenido en algún caso sirva para aseverar las características y requisitos del delito en sí”<sup>271</sup>.

### 3.3.6. Graduación de la imprudencia

La divergencia entre los grados de imprudencia en el Derecho penal data de tiempo atrás. El Derecho penal común hace tiempo que tomó

---

otra norma que le obliga a reducir la velocidad, *vid.* CHOCLÁN MONTALVO, J.: Deber de cuidado y delito imprudente, Ed. Bosch, Barcelona. 1998, p. 95. En este sentido, como explica WELZEL, H.: El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista. Traducción castellana y notas por CEREZO MIR, J., Ed. Ariel S. A, Barcelona. 1964, p. 72, “todas las reglas y principios de experiencia generales son sólo abstracciones generalizadoras de acontecimientos individuales; sólo en la medida en que éstos sean similares pueden realizarse tales generalizaciones”. Para mayor precisión SILVA SÁNCHEZ, J., GUANES NICOLI, M. y BALBUENA PÉREZ, D.: Responsabilidad penal por mala praxis médica, Ed. Marben, Asunción- Paraguay. 2016, p. 26 “el cumplimiento de la normativa administrativa o de los protocolos hospitalarios no conducen de por sí a la exclusión del comportamiento jurídico penalmente desaprobado”. En la jurisprudencia cfr. STS de 23 de abril de 1992 (ROJ 20999) (Pte. Bacigalupo Zapater) conocida como “el caso de la colza”, en donde se analiza si el cumplimiento de los requisitos administrativos es suficiente para eximir por completo de responsabilidad penal. Analizando esta problemática *vid.* PAREDES CASTAÑÓN, J.: “Límites de la responsabilidad penal individual en supuestos de comercialización de productos defectuosos: algunas observaciones acerca del «caso de la colza»”, en *PJ*, núm. 33, 1994, pp. 421 y ss.

<sup>271</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.: “La responsabilidad penal por contagio hospitalario” en *Revista de Derecho y Salud*, vol. 8, núm. 1, 2000, p. 49, hace referencia a un caso similar de contagio del VIH por transfusión de sangre contaminada, en donde el tribunal da diferente apreciación respecto del cumplimiento de las reglas administrativas establecidas. Así, el autor transcribe la parte pertinente de la SAP Barcelona de 17 de julio de 1993 (Pte. Perea Vallano) “no puede estimarse que obra con olvido de las más elementales normas de precaución –lo que constituye la esencia de la imprudencia temeraria– el que ajusta su actuar a lo establecido en la ley dentro de los supuestos por la misma contemplados (...) no pudiendo por tanto exigirse de los acusados otra conducta que la del fiel cumplimiento de lo al [*sic*] respecto ordenado por las autoridades sanitarias competentes. Ciertamente es que la medida resultó insuficiente y hubo de ser sustituida por la obligatoriedad de las pruebas de detección de los anticuerpos del VIH, mas ello no implica la existencia de una responsabilidad penal (...) por parte de los acusados, por el hecho de no anticiparse al criterio mantenido por las autoridades sanitarias, cuando los hechos enjuiciados se produjeron, lo que no le es jurídicamente exigible a lo menos en el ámbito penal”.

prestados del Derecho civil la distinción entre los grados de imprudencia (culpa *lata*, *levis* y *levissima*) y que aún hoy utiliza el legislador en la rama penal<sup>272</sup>.

Desde SILVELA, ya se mantenían ciertos criterios para establecer la gravedad de la imprudencia<sup>273</sup>. Su determinación marcaba un punto de inflexión a la hora de efectuar el juicio de subsunción de la conducta<sup>274</sup>; no obstante, el principio de necesidad impide que se castiguen siempre los hechos imprudentes<sup>275</sup>. Así por ejemplo, tradicionalmente el homicidio imprudente era constitutivo de delito cuando era cometido por imprudencia grave y constituía falta cuando se cometía por imprudencia leve<sup>276</sup>. Si entre el dolo y la imprudencia se puede establecer una relación gradual, está claro que también dentro de la imprudencia se puede distinguir formas más fuertes y más débiles<sup>277</sup>, no siendo fácil la regulación de su intensidad<sup>278</sup>.

<sup>272</sup> JESCHECK, H. y WEIGEND, T.: Tratado de Derecho Penal. PG, trad. OLMEDO CARDENETE, M., 5.ª edición, Ed. Comares, Granada. 2002, p. 612, tal graduación sólo es conocida por el vigente Derecho penal en la medida en que en diferentes tipos penales se exige la temeridad grave como forma acentuada de imprudencia.

<sup>273</sup> Se mantuvo que la imprudencia era temeraria –grave– cuando suponía la omisión de aquel cuidado y diligencia exigible al menos cuidadoso, atento y diligente. La imprudencia era simple –leve– cuando se omitía el cuidado exigible que cualquier persona debe poner de ordinario –hombre diligente– *vid.* SILVELA, L.: El Derecho Penal. Estudiado en principio y en la legislación vigente en España, 2.ª parte, Ed. Imprenta de M.G. Hernández, Madrid. 1879, p. 161.

<sup>274</sup> Desde el Derecho romano clásico ya se diferenciaba la culpa *lata* (*dolo próxima*) de una culpa *leve*, cuya medida podía efectuarse *en abstracto*, atendiendo a la diligencia observada por el autor en sus propios asuntos. La Glosa añade a estas categorías, la de la culpa *levísima*, consistente en la infracción de la diligencia que observaría una persona excepcionalmente cuidadosa. COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.: Derecho Penal. PG, 5.ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 1999, p. 635.

<sup>275</sup> De otra manera, sería imposible la actividad humana y la convivencia. Las limitadas capacidades del hombre le impiden estar en cada segundo con toda su atención puesta en lo que hace, *vid.* BUSTOS RAMÍREZ, J. y HORMAZABAL MALARÉE, H.: “Lecciones de Derecho Penal. Parte General”, Ed. Trotta, Madrid. 2006, p. 308.

<sup>276</sup> TERRAGNI, M.: El delito culposo, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe-Argentina, 1984, p. 29, hace referencia a la culpa grave cuando el autor del daño se ha apercibido del peligro de su acción y sin embargo no se abstiene de ella por irreflexión o ligereza, Hay culpa ligera (leve) cuando la acción emprendida por imprudencia no tiene más que una relación lejana con el resultado ilegal, y no ha podido preverse, sino como un efecto posible, pero inverosímil y no acostumbrado.

<sup>277</sup> ROXIN, C.: Derecho Penal. PG., t. I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito, trad. de la 2.ª edición alemana y notas por LUZÓN PEÑA, D., GARCÍA CONLLEDO, M. y DE VICENTE REMESAL, J., Ed. Civitas, Madrid. 1997, p. 1024.

<sup>278</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, A.: Derecho penal de la culpa, Ed. Bosch, Barcelona. 1958, p. 271, recuerda que desde que la culpa (imprudencia) existe en lo penal, y aun mucho antes en su primigenia vida civil, se distinguieron grados en la gravedad de la misma, determinables en virtud de sus diversos y siempre confusos factores. SILVELA, L.: El Derecho Penal. Estudiado en principio y en la legislación vigente en España, 2.ª parte, Ed. Imprenta de M.G. Hernández,

No le faltaba razón a JIMÉNEZ DE ASÚA en afirmar que “no hay modo de señalar las fronteras de la imprudencia”<sup>279</sup>, pues basta pasar la vista sobre la doctrina del Tribunal Supremo para convencerse de lo falaz de toda tentativa de delimitación entre las dos especies de imprudencia<sup>280</sup>.

La aprobación de la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo<sup>281</sup> supone un nuevo tratamiento de los delitos imprudentes en el Código penal español<sup>282</sup>. El concepto básico de imprudencia se mantiene ya que dicha figura seguirá abarcando y castigando las conductas peligrosas que sin ánimo de lesionar el bien jurídico protegido acaben causando su efectiva lesión por falta de cuidado o diligencia debida, dando lugar al delito imprudente. Así las cosas, partiendo

---

Madrid. 1879, p. 160, este autor, ya encontraba dificultad en distinguir la imprudencia temeraria de la simple considerando que el único factor que separa a estas dos modalidades radicaba en el mayor o menor grado de descuido o negligencia al ejecutar el acto.

<sup>279</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: Tratado de Derecho Penal, Ed. Losada, 5.<sup>a</sup> edición, t. V, Buenos Aires, 1976, p. 988. En este sentido JAKOBS, G.: Derecho Penal. *PG*, trad. CUELLO CONTRERAS, J. y GONZÁLEZ DE MURILLO, J., 2.<sup>a</sup> edición, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid. 1995, p. 392, “Hasta ahora no se ha logrado una concreción reconocida en general de gravedad”. También, ROXIN, C.: Derecho Penal. *PG*, t. I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito, trad. de la 2.<sup>a</sup> edición alemana y notas por LUZÓN PEÑA, D., GARCÍA CONLLEDO, M. y DE VICENTE REMESAL, J., Ed. Civitas, Madrid. 1997, p. 1024, “está poco claro cuándo hay que apreciar en concreto una temeridad”. SILVA SÁNCHEZ, J.: “Comentarios al artículo 12 del Código Penal”, en COBO DEL ROSAL, M. (dir.) *Comentarios al Código Penal*, t. I, Ed. Edersa, Madrid. 1999, p. 613, “La realidad es que las fronteras entre la imprudencia grave y la leve no resultan claras, ni para la doctrina ni para la Jurisprudencia, por mucho que ésta tenga fórmulas estandarizadas”.

<sup>280</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: Tratado de Derecho Penal, Ed. Losada, 5.<sup>a</sup> edición, t. V, Buenos Aires, 1976, p. 995.

<sup>281</sup> MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: Derecho Penal. Parte General, Ed. Tirant lo Blanch, 9.<sup>a</sup> edición, Valencia. 2015, p. 308, ya establecen una distinción conforme esta nueva reforma entre imprudencia grave, menos grave y leve. La primera se da cuando se infringe el deber de cuidado vulnerando las más elementales reglas de diligencia exigidas en una actividad. En la imprudencia menos grave, la divergencia entre el cuidado debido y la conducta realizada es menor, pero debe ser de cierta relevancia, porque tras la reforma de 2015 la imprudencia leve no está prevista para ningún delito, por lo que resulta atípica.

<sup>282</sup> Desde el CP de 1948, la imprudencia se venía graduando en tres categorías: imprudencia temeraria, imprudencia simple con infracción de reglamentos y simple o mera imprudencia. Con la reforma operada por LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del CP, se consideró que la llamada infracción de reglamentos, por concurrir prácticamente en todo hecho culposo, no podía ser utilizada como criterio diferenciador entre delito y falta, antes al contrario, incluso para la falta debía requerirse tal infracción reglamentaria, aun admitiendo la posibilidad de un tipo mínimo de falta en que no concurriera ese elemento; razonamiento que ha de estimarse correcto pues la esencia del injusto imprudente no está fundado sólo en las infracciones de la legislación extrapenal. El Código Penal de 1995 estableció un nuevo régimen de *crimina culposa*, utilizando las categorías de imprudencia grave y leve. Con la reforma la LO 1/2015, se contempla la imprudencia grave y menos grave, quedando la imprudencia leve relegada para el ámbito (civil) de la responsabilidad contractual.

de esta idea, el cambio legislativo radica en la modificación de las tipologías de imprudencia existentes abandonándose la clásica calificación de imprudencia grave/leve<sup>283</sup> para adoptar un sistema de tres categorías: grave, menos grave y leve (atípico). Esto como viene siendo habitual en los últimos años, la reforma carece de la adecuada fundamentación del legislador para que facilite al operador jurídico su oportuna interpretación. Las fronteras de la culpa (imprudencia) resultan muy problemáticas<sup>284</sup>; en mérito a esto, no han faltado quien critique la dificultad en diferenciar la intensidad de la misma<sup>285</sup>.

A este respecto, siguiendo el que ha venido siendo el criterio mayoritario, la gravedad de la imprudencia vendría dada por el grado de intensidad de la infracción o lesión producida a la norma de cuidado. Se alude también al grado de peligro dependiendo del bien jurídico al que se afecte<sup>286</sup> o al grado de control o descontrol<sup>287</sup>. Pese a ello, se llega a considerar que a la vista de la complejidad en hacer dicha distinción en la práctica se hará uso de la gravedad

<sup>283</sup> El Código penal antes de la reforma del 2015, reconocía dos formas distintas de imprudencia: la imprudencia grave y la imprudencia leve, realizando una distinción radical entre ambas. La imprudencia grave es siempre constitutiva de delito y no de falta, con excepción de lo dispuesto en el artículo 621.1, relativo a las lesiones. La imprudencia leve queda relegada al Libro III y sólo tiene relevancia con respecto a dos tipos de delitos: el homicidio y las lesiones constitutiva de delito (arts. 621.2 y 621.3).

<sup>284</sup> COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.: Derecho Penal. *PG*, 5.ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 1999, p. 363.

<sup>285</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: Tratado de Derecho Penal, Ed. Losada, 5.ª edición, t. V, Buenos Aires, 1976, p. 989, hablaba de la difícil empresa de "galvanizar una momia". JAKOBS, G.: Derecho penal. *PG*, trad. CUELLO CONTRERAS, J. y GONZÁLEZ DE MURILLO, J., 2.ª edición, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid. 1995, p. 392, manifiesta que "hasta ahora no se ha logrado una concreción reconocida en general de gravedad". QUINTANO RIPOLLÉS, A.: Derecho penal de la culpa, Ed. Bosch, Barcelona. 1958, p. 280 y 281, luego de esbozar algunas soluciones para diferenciar la gravedad de la imprudencia, y de resaltar la falta de lineamientos o *módulos legales predeterminantes* para dicho cometido, explicándose así las contradicciones de la jurisprudencia, consideró temerario el hallar una panacea para la caracterización de la temeridad, recomendando que dicha tarea debería quedar en manos del arbitrio judicial. DAUNIS RODRÍGUEZ, A.: "La imprudencia menos grave", en *Revista electrónica InDret*, Barcelona, julio de 2018, p.12 Con ocasión de la incorporación al Código penal, mediante LO 1/2015, de 30 de marzo de la nueva tipología de imprudencia menos grave se constata una especie de resurgimiento de la infracción de reglamentos como modalidad de delito imprudente o como elemento central del mismo.

<sup>286</sup> MIR PUIG, S.: Derecho penal. *PG*, 10.ª edición, Ed. Reppertor, Barcelona. 2015, p. 305 sostiene que la gravedad de la imprudencia depende sí, del bien jurídico a que afecta, pero no de efectiva lesión.

<sup>287</sup> LUZÓN PEÑA, D.: Lecciones de Derecho penal. *PG*, 3.ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2016, p. 296, este autor manifiesta que la evaluación del grado de intensidad de la imprudencia imbrica en el grado de injusto. Dependería de la gravedad de la infracción de la norma de cuidado y del grado de peligrosidad de la conducta.

del resultado dañoso producido<sup>288</sup>; aspecto que nos parece desacertado, pues conforme SILVA SANCHEZ recogiendo las palabras de KUHLEN, sería desatinado reemplazar el juicio *ex ante* de infracción por el análisis *a posteriori*: mediante la denominada prognosis posterior-objetiva, es decir, sabiendo ya qué es lo que ha sucedido finalmente<sup>289</sup>.

COBOS DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, afirman que la gravedad de la imprudencia guarda relación con la infracción del deber que se haya cometido<sup>290</sup>. QUINTEROS OLIVARES es tácito en afirmar que lo que lleva a los tribunales de justicia españoles a decidir la graduación de la imprudencia depende exclusivamente de la entidad que haya tenido la violación de la norma de cuidado y la potencialidad de daño que entraña la acción realizada<sup>291</sup>.

---

<sup>288</sup> Contrario a esta referencia MIR PUIG, S.: Derecho penal. PG, 10.ª edición, Ed. Reppertor, Barcelona. 2015, p. 304 y 305, aclara que, la causación del resultado no aumenta la gravedad de la infracción de la norma de cuidado [...] la gravedad de la imprudencia depende, sí, del bien jurídico a que afecta, pero no de su efectiva lesión; GÓMEZ RIVERO, M.ª C.: La responsabilidad Penal del Médico, 2.ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2008, p. 377, clarifica que la calificación de la imprudencia se lo efectuará conforme el desvalor de acción, no del resultado que se produzca. Es interesante lo que sostiene esta autora al exponer la crítica por parte de la doctrina contra el actuar jurisprudencial en los casos llamados de “conurrencia de culpas” en donde se hacen atenuaciones e incluso a exclusión de responsabilidad penal bajo el argumento que la causación del resultado había estado influida por la conducta de la víctima, *v.gr.* STS de 25 de septiembre de 1986 (ROJ 9013/1986) (Pte. Soto Nieto); STS de 8 de marzo de 1990 (ROJ 2135/1990) (Pte. Román Puerta Luis); STS de 25 de febrero de 1991(ROJ 1079/1991) (Pte. De Vega Ruiz). En este sentido, denunciando el proceder de los tribunales respecto SILVA SÁNCHEZ, J.: Medicinas alternativas e imprudencia médica, Ed. Bosch, Barcelona. 1999, p. 15 “Dichos efectos serían en primer lugar, que el que enjuicia no se coloca en el lugar del agente; en segundo lugar, que se aumentan las exigencias de diligencia en el comportamiento, al conocerse ya, obviamente, las consecuencias del hecho; y, en fin, que en ocasiones se afirma la infracción o no del deber expresado en la norma, en función de la gravedad de las consecuencias resultantes. En definitiva, que se tergiversa el sentido de la noción de infracción del deber de cuidado, porque se razona del siguiente modo: se ha producido un resultado lesivo, luego «alguien» ha actuado imprudentemente. Esta es una cuestión que, desde luego, habría de ser corregida, pero con la que hay que contar, según nos pone de relieve la práctica de los Tribunales, nada opuesta, por otro lado, a ideas profundamente ancladas en la sociedad”.

<sup>289</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.: Medicinas alternativas e imprudencia médica, Ed. Bosch, Barcelona. 1999, p. 15.

<sup>290</sup> COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.: Derecho Penal. PG., 5.ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 1999, p. 367.

<sup>291</sup> QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. (col.): Parte General del Derecho Penal, 4.ª edición, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra. 2010, p. 383. Este autor, refiriéndose a la normativa del Código penal antes de la reforma de 2015, afirma que la calificación de las imprudencias “no dependen de la gravedad del resultado, por lo cual podrá darse la causación imprudente de una muerte que reciba la calificación de imprudencia leve, si se estima que la conducta no traspasó normas esenciales de cuidado y si únicamente aspectos menores de esas mismas normas”.

MUÑOZ CONDE, quien a más del deber de cuidado objetivamente requerido, atiende a la capacidad, el *rol* específico y los conocimientos especiales del sujeto que actúa, tanto para fundamentar la imprudencia como para graduar su gravedad<sup>292</sup>. LUZÓN PEÑA, hace depender la gravedad de la imprudencia al grado de peligro en relación con la clase de bien jurídico<sup>293</sup> así como al grado de control o descontrol<sup>294</sup>.

<sup>292</sup> MUÑOZ CONDE, F.: Teoría general del delito, Ed. Tirant lo Blanch, 4.<sup>a</sup> edición, Valencia. 2007, p. 87. Este autor supedita la gravedad de la imprudencia al grado de participación subjetiva del autor en el hecho y de conciencia del peligro que supone la conducta que realiza. Más recientemente, MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: Derecho Penal. PG, Ed. Tirant lo Blanch, 10.<sup>a</sup> edición, Valencia. 2019, p. 308, expresan que cuando mayor se la infracción del deber de cuidado, más grave será la imprudencia.

<sup>293</sup> Al respecto HORTAL IBARRA, J.: Protección penal de la seguridad en el trabajo, Ed. Atelier, Barcelona. 2005, p. 138, destaca la importancia del bien jurídico para graduar la intensidad de la imprudencia: «En efecto, la graduación del peligro aumenta según la mayor o menor importancia de los viene jurídico-penales en juego, en la medida en que mientras una pequeña probabilidad de lesión de un bien jurídico-penal básico, como la vida o la salud, constituye un riesgo jurídico-penalmente relevante, esa misma probabilidad frente a otro bien jurídico de menor entidad, como podría ser la seguridad en el tráfico o la seguridad de los consumidores, puede calificarse como permitido. La mayor abstracción de los bienes jurídico-penales supraindividuales con respecto a los bienes jurídico-penales individuales, y muy especialmente, el hecho de que estos últimos intervengan en sectores ya protegidos por otras ramas del ordenamiento jurídico (Derecho mercantil, Derecho administrativo, Derecho laboral...), “obliga” al legislador penal a admitir un mayor nivel de riesgo permitido en los primeros que en los segundos y en consecuencia a incriminar, únicamente, aquellos riesgos especialmente graves, pues, de lo contrario, la intervención del Derecho penal resultaría contraria a los principios de fragmentariedad, subsidiariedad y *ultima ratio*». Empero, hay que tener en cuenta la forma y la intensidad con la que se ataca a dichos bienes jurídicos “sensibles”; de otra forma, tener en cuenta la importancia del bien jurídico para calibrar la gravedad de la imprudencia, implicaría castigar como delito cualquier clase de homicidio cometido por negligencia con independencia de que la falta de diligencia fuese mínima o e inclusive considerada como un mero o simple despiste. Así las cosas, una cuestión es que en mérito de la importancia del bien jurídico se exija un mayor nivel de cuidado y cautela, y otra distinta que dicha importancia del bien jurídico sirva para determinar la gravedad de la imprudencia. Tampoco debe confundirse el valor de los bienes jurídicos con el riesgo potencial del comportamiento imprudente. En este sentido, parece lógico afirmar que aquellos comportamientos imprudentes que muestren una mayor peligrosidad o riesgo de afectar a un número mayor de bienes jurídicos o que tengan una mayor entidad o importancia, merecerán su calificación como grave. No es lo mismo que un conductor circule a 180 km/h por la noche en una autovía a que lo haga en las inmediaciones de un colegio en horario escolar: el segundo comportamiento destila un mayor desvalor de acción que el primero, lo que, debe tenerse en cuenta a la hora de valorar la gravedad de la imprudencia.

<sup>294</sup> LUZÓN PEÑA, D.: Lecciones de Derecho penal. PG, 3.<sup>a</sup> edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2016, p. 296, este autor afirma que “habrá una infracción total o al menos grave de normas básicas o elementales de cuidado, cuando la conducta cree –u opere ante– un elevado peligro, bien controlable o incontrolable pero sin emplear ninguna o con muy escasa e insuficientes medidas de control (pues en esos casos tanto la norma de cuidado como su infracción son clarísimas, elementales y asequibles sin más para cualquiera); y teniendo en cuenta que para el grado de peligrosidad –elevada, media o baja– puede combinarse lo cuantitativo con lo cualitativo, de modo que un grave peligro para el bien jurídico de media o baja importancia requiera un número bastante elevado de posibilidades de lesión, mientras que no hará falta que sea cuantitativamente tan elevado si el peligro afecta a bienes jurídicos

BACIGALUPO ZAPATER, luego de mostrar su inconformidad con la vinculación del bien jurídico para graduar la gravedad de la imprudencia así como el criterio de la creación de un peligro elevado no seguido del empleo de suficientes medidas de control, y pese a reconocer cierta imprecisión, propone intentar graduar la gravedad de la imprudencia desde perspectivas relacionadas con la prevención especial; es decir “a partir del grado de desinterés revelado por el autor respecto de los bienes ajenos”<sup>295</sup>. Finalmente, LANDECHO VELASCO y MOLINA BLÁZQUEZ, hacen depender dicha gravedad en la evitabilidad del resultado; esto es, en el elemento volitivo y no en el intelectual<sup>296</sup>.

### 3.3.6.1. La culpa consiente e inconsciente como factores de agravación en la intensidad de la imprudencia

La mayoría de la doctrina y la jurisprudencia considera irrelevante para valorar la gravedad de la imprudencia el hecho que sea consciente o inconsciente<sup>297</sup>. Pese a ello, los fallos de los tribunales de justicia enfatizan en

---

básicos. Y la imprudencia simple o leve, por infracción de normas no elementales de cuidado o por infracción pequeña de normas básicas de cuidado, se concreta en una actuación con un peligro superador del riesgo permitido, pero no elevado, o en una actuación con un peligro en principio alto, pero efectuada con cierto grado de control –aunque insuficiente– de ese peligro”; también, ROXIN, C.: Derecho penal. *PG*, t. I, traducción de la 2.<sup>a</sup> edición alemana y notas por LUZÓN PEÑA, D., GARCÍA CONLLEDO, M. y DE VICENTE REMESAL, J., Ed. Civitas, Madrid. 1997, p. 1027, explica: “Lo propio rige respecto del valor del bien jurídico puesto en peligro: cuando estén amenazadas vidas humanas se ha de afirmar antes la temeridad que cuando se trate de bienes patrimoniales limitados”; SILVA SÁNCHEZ, J.: “Comentarios al artículo 12 del Código Penal”, en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. I, Ed. Edersa, Madrid. 1999, p. 613, habla de la posibilidad que las fronteras de la gravedad de la imprudencia puedan ser fluctuantes en función de la entidad del bien jurídico de cuya protección se trate; en la jurisprudencia la STS de 22 de diciembre de 2001 (ROJ 10259/2001) (Pte. Moner Muñoz) “Por ello la apreciación del Tribunal de Instancia considerando la imprudencia leve es inadecuada. Como ha manifestado esta Sala las nuevas categorías legales de imprudencia grave y leve han de ser puestas en relación con la entidad de la infracción del deber de cuidado, nervio de la imprudencia, en relación con el bien jurídico protegido, debiendo exigirse más nivel de cuidado respecto a la vida e integridad física que respecto a los bienes y en todo caso el arquetipo de la referencia de las conductas ha de ser el modo de proceder de las personas conscientes y cuidadosas. Lo que resulta ser lo más alejado de la actuación desidiosa de los acusados que por ello debe ser elevada a la categoría de imprudencia grave”.

<sup>295</sup> BACIGALUPO ZAPATER, E.: Principios del Derecho penal. *PG*, 4<sup>a</sup> edición, Ed. Akal/lure, Madrid, 1998, 249.

<sup>296</sup> Para mayores referencias, cfr. LANDECHO VELASCO, C. y MOLINA BLÁZQUEZ, C.: Derecho Penal Español. *PG*, 7.<sup>a</sup> edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2004, p. 232.

<sup>297</sup> JAKOBS, G.: Derecho Penal. *PG*, trad. CUELLO CONTRERAS, J. y GONZÁLEZ DE MURILLO, J., 2.<sup>a</sup> edición, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid. 1995, p. 382 “Por

la previsión la consideración de una conducta de desidia o abandono de sus deberes haciendo reprochable la conducta en cuestión, llegando a calificarla como grave<sup>298</sup>.

---

tanto, toda imprudencia, tanto consciente como inconsciente (*negligentia*) está caracterizada negativamente: Falta el conocimiento de la realización del tipo. La separación de la imprudencia consciente e inconsciente carece de sentido; ROXIN, C.: Derecho Penal. *PG*, t. I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito, trad. de la 2.<sup>a</sup> edición alemana y notas por LUZÓN PEÑA, D., GARCÍA CONLLEDO, M., Díaz y DE VICENTE REMESAL, J., Ed. Civitas, Madrid. 1997, p. 1019, no posee en cambio gran relevancia, pues el legislador nunca vincula a ella diferentes consecuencias; MIR PUIG, S.: Derecho penal. *PG*, 10.<sup>a</sup> edición, Ed. Reppertor, Barcelona. 2015, p. 294, no tiene hoy la misma importancia que durante el imperio de la teoría psicológica de la culpabilidad. A este respecto *vid.* LUZÓN PEÑA, D.: Lecciones de Derecho Penal. *PG*, 3.<sup>a</sup> edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2016, p. 294; CEREZO MIR, J.: Curso de Derecho penal español. Parte General, 6.<sup>a</sup> edición. t. II, Ed. Tecnos, Madrid, 1998, p. 176, “la imprudencia puede ser inconsciente, es decir, el sujeto no haber previsto, pudiendo hacerlo, la posibilidad de la producción del resultado y ser, no obstante, muy grave la infracción del cuidado objetivamente debido”; JESCHECK, H. y WEIGEND, T.: Tratado de Derecho Penal. *PG*, trad. OLMEDO CARDENETE, M., 5.<sup>a</sup> edición, Ed. Comares, Granada. 2002, p. 612, entre ambos tipos de imprudencia tampoco existe una *relación gradual* pues la conducta de quien ni siquiera percibe el riesgo existente puede resultar desaprobada más intensamente que la negligencia leve de una imprudencia consciente en la que simplemente se sobrevaloraron las propias fuerzas. El significado práctico de la distinción imbricaría sobre todo en su delimitación frente al dolo eventual. La imprudencia consciente es en su estructura similar al dolo eventual; QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. (col.): *PG del Derecho Penal*, 4.<sup>a</sup> edición, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra. 2010, p. 383, luego de advertir que la culpa consciente y la inconsciente son terminologías estrictamente doctrinales, explica que no tienen nada que ver con las clases de imprudencia del código penal. Lo que lleva a decidir a los Tribunales españoles la gravedad de la conducta imprudente, radica exclusivamente en la entidad que haya tenido la violación de la norma de cuidado y la potencialidad de daño que entrañara la acción realizada; MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: Derecho Penal. *PG*, Ed. Tirant lo Blanch, 9.<sup>a</sup> edición, Valencia. 2015, p. 309, aclara que la imprudencia consciente o inconsciente no gravita para graduar la imprudencia, pues, “a veces la inconciencia, es decir, que el sujeto ni siquiera se haya percatado de la peligrosidad de sus conducta, refleja un grado de despreocupación y ligereza aún más grave que la imprudencia consciente, en la que el sujeto cree que puede dominar el peligro que está creando conscientemente; MIR PUIG, S.: Derecho penal. *PG*, 10.<sup>a</sup> edición, Ed. Reppertor, Barcelona. 2015, p. 297, resalta el que la ley parta de un criterio normativo y no psicológico para enjuiciar la gravedad de la imprudencia. ARGNANI, P.: Responsabilidad Penal de los Médicos, Ed. Nova Tesis, Rosario-Santa Fe, 2007, p. 136, considera la importancia de la culpa consciente e inconsciente a efectos de cuantificación de la pena, y para diferenciar los supuestos de culpa de los casos de dolo eventual.

<sup>298</sup> *Vid.* STS de 4 de julio de 2003 (ROJ. 4710/2003) (Pte. Delgado García). También, entre la jurisprudencia, un caso de homicidio por imprudencia grave en el que el Tribunal Supremo se decanta por un concepto de imprudencia grave en el homicidio, basado fundamentalmente en la idea de la infracción del deber de cuidado como criterio nuclear diferenciador de la gravedad; el texto del fallo explica: “cabe la imprudencia grave tanto en los supuestos de culpa consciente como inconsciente. Ello es así porque le artículo 142 se refiere a las más graves infracciones de las normas de cuidado, lo que no implica necesariamente una representación mental de tal infracción por parte del sujeto; en definitiva, se alude a la infracción del deber objetivo de cuidado, que comporta la vulneración de las más elementales reglas de cautela o diligencia exigible en una determinada actividad. Se habla así en las tradicionales resoluciones de esta Sala de «falta de adopción de las precauciones más elementales y rudimentarias» o de «ausencia absoluta de cautela», *vid.* STS de 8 de mayo de 2001 (Pte. Sánchez Melgar) (ROJ 3748/2001); también, STS de 23 de octubre de 2001 (ROJ 8179/2001) (Pte. Jiménez Villarejo) “...pudiendo presentar esta parte subjetiva del tipo dos formas que no difieren preciosamente

MAURACH, explica que se habla de culpa consciente (*luxuria*) cuando el autor si bien ha previsto la posible producción del resultado ha creído como consecuencia de supraestimar su capacidad final de dirección e infravalorar el deber de cuidado -que le ha sido impuesto y puede cumplir- poder evitar el evento. Por el contrario, existe culpa inconsciente (*negligentia*) cuando el sujeto al no poder emplear el deber de cuidado que le corresponde, pudiendo hacerlo, no ha previsto siquiera la posibilidad de producción del resultado típico<sup>299</sup>. STRATENWERTH destaca que a la diferencia entre culpa consciente e inconsciente no se vincula una graduación de la gravedad del ilícito (ni de la culpabilidad)<sup>300</sup>; no obstante, posiciones como las de FEIJÓO SÁNCHEZ, gravan la acción imprudente consciente sobre la base de que cuando más motivos objetivos tenga el autor para ser cuidadoso más evidente y grave será la falta de cuidado. Por ejemplo, cuantos más datos tenga el dueño de un perro de la peligrosidad de éste, más grave será la falta de cuidado con el animal<sup>301</sup>.

En este sentido ROXIN, pese a reconocer que la distinción de la imprudencia consciente e inconsciente no posee gran relevancia por no tener mayores consecuencias jurídicas, sí que atribuye mayor pena a la modalidad

---

por su gravedad sino por la naturaleza del deber de cuidado infringido, cuales son la culpa consiente en que se infringe voluntariamente el deber de advertir el riesgo y la culpa consciente en que se infringe de la misma manera el deber de evitar el riesgo advertido”.

<sup>299</sup> MAURACH, R.: Tratado de Derecho Penal, t. II, traducción y notas de CÓRDOBA RODA, J., Ed. Ariel, Barcelona. 1962, p. 221. Este autor agrega que “la culpa consciente representa puro vicio de voluntad: el autor actúa, pese a prever la posible producción del resultado. La culpa inconsciente representa, en cambio, un vicio de representación y de voluntad: el autor actúa *porque*, como consecuencia de no esforzar suficientemente su entendimiento y voluntad, no ha previsto el evento. Ambos fenómenos se funcionan, equiparados, en el concepto superior de *imprudencia*, siempre que concurra la característica, común a las dos formas, de la infracción del deber”.

<sup>300</sup> Este autor degrada la importancia de la imprudencia consciente e inconsciente y atribuye mayor importancia a las capacidades individuales del autor “...en sustancia, no se trata aquí de otra cosa que de la cognoscibilidad de la relación entre los riesgos creados o incrementados por el autor y el resultado típico, la cual fundamenta su imputación”, *vid.* STRATENWERTH, G.: Derecho Penal. PG I. El Hecho Punible, trad. CANCIO MELIA, M. y SANCINETTI, M., Ed. Thomson-Civitas, Madrid. 2005, p. 426.

<sup>301</sup> No obstante, remarca el autor, desde un punto de vista psicológico, la imprudencia punible implica siempre una falta de conocimiento suficiente del hecho típico, *vid.* FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del «fin de protección de la norma de cuidado», Ed. J.M. Bosch, Barcelona. 2001, p. 260.

consciente<sup>302</sup>; empero, advierte “únicamente puede darse el caso de un mayor contenido de culpabilidad de la imprudencia inconsciente cuando se compara una grave falta de atención con un caso en el que la confianza en la no producción del resultado estaba poco menos que justificada. Si por el contrario se toma por base el mismo grado de creación de riesgo no permitido, la imprudencia consciente resulta más merecedora de pena que la inconsciente, porque la representación de una posible realización del tipo proporciona al sujeto un motivo en contra de la misma sustancialmente más fuerte que los indicios que se daban al sujeto para advertir el peligro procedente de él en la imprudencia inconsciente”.

El antes nombrado maestro alemán concluye calificando como temeraria a esta modalidad “cuando el sujeto actúa con imprudencia consciente, se deberá por tanto enjuiciar ya como temerario un aumento del peligro que rebase de manera no insignificante el riesgo permitido, mientras que, en el caso de un sujeto que actúa con imprudencia inconsciente, la puesta en peligro provocada por el mismo –con las variaciones que resulten de las demás circunstancias que haya que tener además en cuenta– debe ser tan grande que posibilidad de realización del tipo salte a la vista”<sup>303</sup>. Sin embargo, conforme a las pociões antes mencionadas, por el hecho de actuar conscientemente no necesariamente hará la culpa más grave, *v.gr.* “Juan conduce su coche y de pronto llega a una señal de reducción de velocidad a 60

---

<sup>302</sup> ROXIN, C.: Derecho Penal. *PG*, t. I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito, trad. de la 2.<sup>a</sup> edición alemana y notas por LUZÓN PEÑA, D., GARCÍA CONLLEDO, M. y DE VICENTE REMESAL, J., Ed. Civitas, Madrid. 1997, p. 1020, “...la culpabilidad en el Derecho penal no se refiere sólo a lesiones y puestas en peligro conscientes de bienes jurídicos. Cuando alguien conoce circunstancias que fundamenten el peligro, la culpabilidad imprudente radica en el simple hecho de no haber extraído la consecuencia de una posible lesión de bienes jurídicos. Si por ejemplo alguien deja andar sueltos a unos perros fieros y no adiestrados que a consecuencia de ello atacan a un niño y lo matan, no modifica en nada la imprudencia el que el mismo no haya considerado (pensado en) esta consecuencia. Basta incluso la mera cognoscibilidad o advertibilidad de las circunstancias fomentadoras del peligro. La apreciación de que no estaría en poder de nadie el considerar las circunstancias que a uno no se le pasan por la cabeza es errónea. Toda nuestra vida social se basa en que al ser humano le es posible examinar y mantener bajo control los peligros procedentes de él; si fuera de otro modo, entonces p. ej. el tráfico automovilístico comportaría riesgos insoportables y debería ser suprimido”.

<sup>303</sup> ROXIN, C.: Derecho Penal. *PG*, t. I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito, trad. de la 2.<sup>a</sup> edición alemana y notas por LUZÓN PEÑA, D., GARCÍA CONLLEDO, M. y DE VICENTE REMESAL, J., Ed. Civitas, Madrid. 1997, p. 1019 y ss.

km/hora. A pesar de ello sigue a 100 km/hora, pero pone los cinco sentidos en la conducción, porque sabe que se está arriesgando. Detrás de él viene Luis, que va tan distraído en el volante, charlando y gastando bromas a sus compañeros de viaje, que ni se da cuenta del disco de reducción y continúa también a 100 km/hora. Juan es responsable de una culpa con previsión, mientras que la de Luis es sin previsión. Sin embargo la de Luis es más grave que la de Juan<sup>304</sup>.

GÓMEZ RIVERO, desarrolla algunos parámetros a tener en cuenta para calibrar la gravedad de la imprudencia. La autora parte del desvalor de acción más las circunstancias en concreto condensadas en indicadores como: la importancia de los bienes afectados, utilidad social de la conducta, la proporción estadística entre la acción realizada y el resultado producido<sup>305</sup>.

Los tribunales de justicia de igual forma han venido perfilando los criterios para graduar la imprudencia<sup>306</sup>. Así, las sentencias más antiguas del

---

<sup>304</sup> Vid. LANDECHO VELASCO, C. y MOLINA BLÁZQUEZ, C.: Derecho Penal Español. PG, 7.<sup>a</sup> edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2004, p. 232.

<sup>305</sup> “Cuando el resultado acaecido guarda una cierta desproporción estadística entre la conducta realizada y lo que habitualmente ocurre, la gravedad de la imprudencia debe ser degradada”, vid. STS de 9 de marzo de 2000 (ROJ 1887/2000) (Pte. Abad Fernández).

<sup>306</sup> Entre la jurisprudencia calificando como temerarias –graves– las conductas en cuestión: STS de 11 de junio de 1982 (ROJ 271/1982) (Pte. Huerta y Álvarez de Lara), se ventila la responsabilidad del analista y del anestesista por la transfusión al paciente de sangre de un grupo incompatible. Interesante fallo pues hace un estudio minucioso al calificar la conducta de cada interviniente en el proceso que desencadenó el deceso de la paciente, cambiando la intensidad de la imprudencia; STS de 24 de noviembre de 1984 (RJ 1984/5950) (Pte. Gómez de Liaño y Cobaleda), cirujano que extirpa equivocadamente un riñón, cuya sentencia al distinguir la intensidad de la imprudencia, explica: “...De estos supuestos, se desprenden todos los elementos que dan lugar a la imprudencia temeraria profesional: la falta de la más elemental diligencia en la conducta se pone de relieve en el procesado porque no se preocupó de examinar, con la atención debida, el historial clínico y las radiografías; la previsibilidad surge, con gran intensidad, en cuanto que a toda persona debe preguntársele el resultado del evento acontecido y no solamente en la equivocación sufrida en la operación, sino también en la reintegración verificada con el riñón sano, dada la dificultad y el riesgo que lleva consigo esta clase de operaciones; y la falta del deber vulnera no solamente la norma de la actividad de un modo general, sino la que se deriva del deber inherente a la función médico quirúrgica que desarrollaba el procesado[...] siendo preciso declarar que su diferenciación es principalmente cuantitativa, y que esta intensidad ha de buscarse mediante un criterio armónico, en el que se conjuga la falta de cuidado en el obrar, la mayor o menor previsibilidad del evento y la clase de repulsa social por la naturaleza del deber que se infringe, sin olvidar la operatividad que tiene la concurrencia de conductas en el supuesto de que intervengan como concausas del resultado, ya que pueden actuar de forma exonerativa, atenuatoria, o agravatoria en la mediación de la responsabilidad penal, según la influencia que tengan en los tres condicionamientos de la imprudencia, a través del principio de confianza, pudiéndose decir que

según la falta de diligencia sea grave, leve o levísima, la previsibilidad más o menos intensiva y el quebrantamiento del deber mayor o menor se estará en uno o en otro grado de imprudencia”; STS de 4 de septiembre de 1991 (ROJ 7509/1991) (Pte. Martínez Pereda Rodríguez), cirujano que permite que anestesista se ausente del quirófano para atender a otra operación realizada en planta diferente del centro hospitalario pese a no haber conectado el aparato monitor del control electrocardiográfico, lo que produjo la muerte del paciente por hipoxia: “Se requiere para tal apreciación agravatoria que el resultado se origine a consecuencia de impericia o negligencia profesionales, inexcusable en su ejercicio y practicándose con manifiesta peligrosidad, suponiendo un plus de agravación que no debe operar de modo inmediato por la circunstancia de que la imprudencia provenga de un profesional”; STS de 7 de julio de 1993 (ROJ 14032/1993) (Pte. Moyna Menguez), condenan a anestesista que abandona el quirófano durante la intervención de un paciente no monitorizado, quien fallece a casusa de falta de oxigenación cerebral; STS de 18 de noviembre de 1991 (ROJ 6345/1991) (Pte. De Vega Ruiz), controvertido fallo en el que se analiza la práctica de 2.284 transfusiones de sangre sin realizar pruebas de detección de los anticuerpos del VIH, en el Hospital “Príncipes de España” de Bellvitge, pese a la existencia de un consenso en el ámbito científico sobre su procedencia, e inclusive, existiendo ya una Orden de la Generalidad de Cataluña estableciendo su obligatoriedad en el territorio de la Comunidad Autónoma castellana, en la que pese a la concurrencia de varias conductas, se analiza cada una de ellas en aras de dirimir la intensidad de la imprudencia, condenando al Director Médico y a la Jefa del servicio de Hematología y Hemoterapia del Hospital, como autores de lesiones por imprudencia temeraria y por una falta de lesiones por imprudencia simple, en su orden: “La imprudencia si es temeraria, por inobservancia de las más elementales normas de precaución y cautela, no precisa la remisión a norma reglamentaria alguna [...] No había entonces criterios uniformes, comúnmente aceptados, pero la anamnesis, el cribado de la sangre, los test anti-SIDA o incluso las pruebas serológicas, que permitían detectar la presencia de anticuerpos, eran ya prácticas conocidas y sabidas. Los dos acusados, uno como Director del DIRECCION002 y la otra como Jefe del Servicio de Hematología del mismo, aparecen inmersos dentro de ese ambiente médico, de auténtica preocupación por el problema y por las soluciones que fueren pertinentes, finalmente impactados del entorno que la propagación del SIDA suponía”; STS de 23 de octubre de 2001 (ROJ 8179/2001) (Pte. Jiménez Villarejo), en la que se juzga a un ginecólogo y a un anestesista que no se apercibieron de la hemorragia que padecía la embarazada tras la práctica de la cesárea, basando esa cualificación de la imprudencia tanto en la facilidad de prever el riesgo como en la importancia del bien jurídico: “La gravedad de la imprudencia en que incurrieron los recurrentes es indudable porque para los dos era fácilmente previsible el riesgo, para los dos tenía una gran importancia la norma de cuidado que respectivamente les incumbía y por los dos debió ser ponderado el inestimable valor del bien jurídico que dependía de su actuación. A lo que debe añadirse que no sería en modo alguno fácil modular, en más o en menos, la gravedad de la desatención de ambos acusados, que deben ser considerados, por ello, autores conjuntos de un mismo delito de imprudencia grave con resultado de muerte”. Entre las sentencias calificando las conductas como simples –leves–: STS de 26 de febrero de 1990 (ROJ 1742/1990) (Pte. Martín Pallín), conducta de médico calificada por imprudencia simple, que visita a paciente en su domicilio y tras diagnosticar correctamente un infarto, omite cualquier masaje cardiaco u otro tipo de ayuda, limitándose a pedir una ambulancia, en cuyo traslado el paciente fallece; STS de 7 de diciembre de 1993 (ROJ 8442/1993) (Montero Fernández Cid), anestesista que practica a una niña una amigdalectomía y, al necesitar ésta una transfusión, procedió a practicársela sin comprobar la existencia de anemia, el grupo sanguíneo y la realidad de la etiquetación de la bolsa de sangre trasfundida, provocando la muerte de aquella. Se rebaja la gravedad de la imprudencia en casación. STS de 9 de marzo de 2000 (ROJ 1887/2000) (Pte. Abad Fernández), enjuicia a un médico que atendió a un paciente que padecía de asma bronquial, y que había sido internado años antes en un hospital por una crisis aguda de la enfermedad producida por la intolerancia al ácido acetilsalicílico. Pese a que la médica preguntó al enfermo si tenía alergia a algún medicamento, obtuvo por parte paciente respuesta negativa, consecuentemente, no le realizó más preguntas sobre su posible intolerancia al preparado médico que en concreto le prescribió, cuya ingesta ocasionó la muerte del enfermo. Es interesante el razonamiento que hace el Tribunal para dirimir la gravedad de la imprudencia: “Cierto es que, [...] cuando el resultado

Tribunal Supremo calificaban de temeraria la imprudencia cuando comportaba vulneración de las más elementales reglas de cautela o diligencia exigible en una determinada actividad<sup>307</sup>; es decir, la ausencia absoluta de la cautela que pueda impedir o contener el desencadenamiento de resultados dañosos previsibles<sup>308</sup>.

Al hilo de lo anterior, entre la jurisprudencia se ha considerado como criterio fundamental para distinguir la gravedad de la imprudencia a “la mayor o menor intensidad o importancia del deber de cuidado infringido, ya que la infracción de tal deber constituye el núcleo central acerca del cual gira todo el concepto de imprudencia punible”. De igual forma, los tribunales han dejado en claro que dicha gravedad no quedará vinculada a criterios reglamentarios ni exigencias más o menos formales<sup>309</sup>.

La alta magistratura ha sentado doctrina al explicar que salvo casos de extrema gravedad o que la conducta se considere como «gravemente

---

acaecido guarda una cierta desproporción estadística entre la conducta realizada y lo que habitualmente ocurre, la gravedad de la imprudencia debe ser degradada. Que es lo que ha hecho el Tribunal de instancia al condenar a Montserrat como autora de una falta de imprudencia leve”.

<sup>307</sup> La jurisprudencia se ha pronunciado respecto de la profesionalidad para agravar la intensidad de la imprudencia, vid. STS de 3 de octubre de 1997 (ROJ 5836/1997) (Pte. García-Calvo Montiel) “La profesión en sí misma no constituye en materia de imprudencia un elemento agravatorio ni cualificativo -no quita ni pone imprudencia, se ha dicho-, pero sí puede influir, y de hecho influye, para determinar no pocas veces la culpa o para graduar su intensidad”.

<sup>308</sup> Respecto de la idoneidad de la previsibilidad del resultado como criterio diferenciador de la gravedad de la imprudencia, la jurisprudencia ha venido desechando determinados elementos estructurales de la misma como criterios guía, por ejemplo, la STS de 4 de julio de 2003 (ROJ. 4710/2003) (Pte. Delgado García) explica: “Aparte de las dificultades prácticas que, por lo general, se plantean para saber si una persona ha previsto o no un resultado que es consecuencia de su propio comportamiento, es lo cierto que tampoco este criterio sirve para distinguir la imprudencia grave de la leve, pues hay casos en los que la no previsión revela una conducta de desidia o abandono de sus deberes por parte del sujeto que hace especialmente reprochable su conducta y obliga a calificarla como imprudencia grave”.

<sup>309</sup> STS de 4 de julio de 2003 (ROJ. 4710/2003) (Pte. Delgado García) «Tiene razón el recurrente en cuanto a que nuestro derecho positivo no hay módulos legales que sirvan para medir la intensidad de la imprudencia a los efectos de calificarla como grave (temeraria, decía el CP anterior) o leve (simple, según tal código de 1973). Afortunadamente ya ha desaparecido esa categoría intermedia de “simple con infracción de reglamentos” del art. 656 CP 95, que tantos problemas suscitaba y permitía que imprudencias de rango menos pudieran castigarse como delitos»; en el mismo sentido: “La imprudencia si es temeraria, por inobservancia de las más elementales normas de precaución y cautela, no precisa la remisión a norma reglamentaria alguna”, vid. STS de 18 de noviembre de 1991 (ROJ 6345/1991) (Pte. De Vega Ruiz).

equivocado»<sup>310</sup>, el error en el diagnóstico no puede considerarse como delito<sup>311</sup>.

<sup>310</sup> STS de 5 de mayo de 1989 (ROJ 2824/1989) (Pte. Ruiz Vadillo).

<sup>311</sup> Entre la jurisprudencia que ha considerado imprudencia grave por errores de diagnóstico: STS de 8 de junio de 1994 (ROJ 4428/1994) (Pte. Moyna Ménguez) Condenan a médico residente de cirugía general en funciones de médico de guardia por imprudencia temeraria con resultado de muerte, por no adoptar un seguimiento previsor y cuidadoso del estado clínico de un paciente que ingresa a la casa de salud con traumatismo craneo encefálico, luego de haber sufrido un accidente en motocicleta; STS de 22 de enero de 1999 (ROJ 241/1999) (Pte. Granados Pérez) Pese a los exámenes realizados a la paciente, lo cual evidenciaba una disminución del líquido amniótico, el médico no realizó reconocimiento ginecológico alguno, por lo que el bebé nació padeciendo una encefalopatía crónica. “El carácter grave o temerario de la imprudencia fluye sin dificultad del relato fáctico de la sentencia de instancia ya que las omisiones denunciadas implican un olvido total y absoluto de los más elementales deberes de previsión y cuidado”; STS de 25 de mayo de 1999 (ROJ 3629/1999) (Pte. Martín Canivell) “No cabe duda, sin embargo, de que la culpa grave que se incluye en la definición del tipo delictivo de lesiones por imprudencia, recogido en el artículo 152 del Código Penal, ha de ser la que supone el olvido u omisión de las precauciones, cuidados y atención más elementales y, que se traduce, en el caso de la culpa médica profesional, en una impericia inexplicable y fuera de lo corriente [...] ya se le indicó al médico la presencia de las adenopatías, que debieron alertarle sobre la existencia de un proceso patológico no asociable normalmente con el embarazo, no obstante lo cual no procede a averiguar las causas y ello resulta grave en una zona del país en la que ya se había constatado la agencia significativa de casos de tuberculosis y están los médicos alertados sobre la posibilidad de encontrarse con casos de tal enfermedad, cuyos síntomas tampoco observó el recurrente”. STS de 13 de noviembre de 1992 (ROJ 8427/1992) (Pte. Delgado García) “...la dificultad radica en precisar esa medida de exigibilidad que, desde luego, siempre ha de fijarse teniendo en consideración, no un deber objetivo en abstracto, sino una forma de comportamiento en relación siempre con las cualidades concretas del sujeto a quien tal infracción se imputa y las particulares circunstancias en que éste se encontraba cuando el hecho se produjo, todo ello para luego poder comparar la conducta de autos con aquella que suele observar un ciudadano medio con esas mismas cualidades y en esas mismas circunstancias. Y esto es lo que ha de hacerse cuando de actuaciones médicas se trata, examinar las circunstancias concretas en que el profesional se encontraba, la preparación específica que le fue exigida para el puesto que desempeñaba, los medios que tenía a su disposición para su trabajo, la clase de intervención de que se trataba, la forma en que ésta se realizó, etc. todo ello a fin de poder comparar el comportamiento del caso concreto con aquel que ordinariamente observa la clase médica en las mismas o similares circunstancias, para afirmar que hubo imprudencia punible cuando el obrar del acusado no se ajustó al módulo así obtenido. Ya se ha dicho por esta Sala reiteradamente (Sentencias de 27-5-88, 5-7-89, 12-3-90, 4-9-91 y 21-4-92, entre otras) que los simples errores científicos o de diagnóstico no pueden ser objeto de sanción penal, a no ser que sean de magnitud tal que de modo evidente se aparten de lo que hubiera detectado cualquier médico de nivel y preparación similar y con semejantes medios a su alcance, y lo mismo cabe decir de la mayor o menor precocidad o rapidez en el diagnóstico de algunas enfermedades que, como la gangrena gaseosa que aquí se presentó, tan graves consecuencias acarrearán si no se detectan en el momento de su aparición inicial. Sólo hay delito o falta de imprudencia en estos casos cuando la actuación profesional revela un descuido o una impericia en la que otro profesional de la misma clase no habría incurrido encontrándose en similares circunstancias. Y ese mismo módulo ha de servir también para valorar si después del diagnóstico o intervención inicial, el tratamiento seguido fue o no el adecuado”. STS de 17 de julio de 1982 (ROJ 1312/1982) (Pte. Rodríguez López) niña de 2 años fallece por error de diagnóstico, a consecuencia de la aspiración de una alubia, que le provocó oclusión de las vías aéreas sufriendo un acceso de tos con cianosis, que sin embargo en casación se degrada la gravedad de la imprudencia a simple: “...(ante un mismo paciente con determinados síntomas varios médicos ofrecen diagnósticos distintos), e inexacta por la normal interferencia en la curación de circunstancias

Así las cosas, al parecer la doctrina echa mano de criterios como la infracción del deber de cuidado, potencialidad del daño, la importancia del bien jurídico, prevención, evitabilidad, etc., y no infrecuentemente la jurisprudencia concluye que la determinación en la gravedad de la imprudencia, por un lado estriba en el deber omitido, y por otro, en la valoración social del riesgo<sup>312</sup>.

---

frecuentemente imprevisibles, (calidad de los medicamentos, resistencia de la naturaleza del enfermo, estado psicológico, etc.) [...] Lo decisivo para el derecho no es el error científico en sí sino la causa humana del error [...] en términos generales los tratadistas médicos y no pocos juristas niegan al Juez competencia alguna para apreciar la conducta médica en el diagnóstico”.

<sup>312</sup> MIR PUIG, S.: Derecho penal. *PG*, 10.<sup>a</sup> edición, Ed. Reppertor, Barcelona. 2015, p. 295, argumenta que “La valoración social del riesgo depende de si se produce en ámbitos en que se admiten determinados grados de riesgo permitido: un grado de peligrosidad que podría ser grave fuera de uno de estos ámbitos puede ser menos grave dentro de ellos”. Sobre el valor social para calibrar una conducta, entre la jurisprudencia: STS de 22 de diciembre de 2001 (ROJ 10259/2001) (Pte. Moner Muñoz) “La gravedad de la infracción de la norma de cuidado es el elemento normativo a que atiende la clasificación legal, debiendo de tenerse en cuenta tanto la peligrosidad de la conducta como la valoración social del riesgo”; STS de 4 de marzo de 2005 (ROJ 385/2015) (Pte. Berdugo Gómez de la Torre) “De esta forma, la diferencia entre la imprudencia grave y la leve se encuentra en la importancia del deber omitido en función de las circunstancias del caso, debiendo tener en cuenta a estos efectos el valor de los bienes afectados y las posibilidades mayores o menores de que se produzca el resultado, por un lado, y por otro, la valoración social del riesgo, pues el ámbito concreto de actuación puede autorizar algunos particulares niveles de riesgo”; STS de 26 de febrero de 1990 (ROJ 1742/1990) (Pte. Martín Pallín) “4. Al recurrente le corresponde, jurídica y socialmente, el deber de evitar el mal que objetivamente se deriva de la situación de emergencia”; STS DE 13 de octubre de 1981 (ROJ 5168/1981) (Pte. Gómez de Liaño Cobaleda) “...que concurren todos los elementos necesarios para calificar las conductas de los recurrentes de imprudencia temeraria, pues sus conductas concurren al resultado, en cuanto que la actividad médica en la que se pone en juego la vida humana con gran peligrosidad, del deber normativo de la convivencia social exige que en los medios utilizados se emplee toda clase de diligencia, ante la intensidad que presenta la posibilidad del resultado”; STS de 24 de noviembre de 1989 (ROJ 6719/1989) (Pte. García Pérez) “No pudiendo sostenerse, en el presente caso, que la conducta del procesado carezca de antijuridicidad, por falta de reproche social, al desarrollar una actividad médica con riesgo jurídicamente tolerado”; STS de 6 de febrero de 1991 (ROJ 16400/1991) (Pte. De Vega Ruiz) “La esencia de la culpa consiste primordialmente en la omisión del deber de cuidado normalmente exigido por el ordenamiento jurídico, por las costumbres o por las reglas de convivencia social”; STS de 4 de septiembre de 1991 (ROJ 7509/1991) (Pte. Martínez-Pereda Rodríguez) “La temeridad supone el quebrantamiento de las precauciones mínimas exigibles a cualquier persona y tratándose de la actividad médico quirúrgica en la que está en peligro la vida y la integridad personal, con mucha frecuencia el deber normativo de convivencia social exige que en los medios utilizados se emplee toda clase de diligencia ante la intensidad que presenta la posibilidad del resultado”; STS de 13 de noviembre de 1992 (ROJ 8416/1992) (Pte. García Miguel) “...es indudable que no venía obligado a la observancia de un deber objetivo de cuidado que viniera impuesto por leyes o reglamentos, ni por normas sociales ni derivadas de la común experiencia”; STS de 21 de julio de 1995 (ROJ 4379/1995) (Pte. Carrero Ramos) “Así pues se necesita que en circunstancias ordinarias se presenten a la persona normal en su papel de realizador de esa actividad –lícita de suyo–, las posibles consecuencias lesivas para otros y evitables poniendo un cuidado exigible al sujeto medio en el contexto socio-cultural”; STS de 22 de octubre de 2015 (ROJ 4374/2015) (Pte. Palomo del Arco) «La alusión a la “repulsa social”, debe ser reinterpretada conforme a los criterios del Código Penal actual; pues proviene de resoluciones jurisprudenciales nacidas al amparo del anterior Código, donde con tal expresión se alude a la antijuridicidad materia».

En este estado, y luego de haber repasado someramente algunas posturas de la doctrina y la jurisprudencia, se evidencia que una de las cuestiones más complicadas en la aplicación del Derecho penal imbrica precisamente la distinción de la intensidad de la imprudencia –grave, leve–<sup>313</sup>. Por esta razón, no se puede dejar de calificar la labor del legislador de 1995 como negativa, pues lejos de proporcionar referencias para dilucidar la intensidad de las acciones imprudentes, ha venido en agravar el problema creando una tripartición –grave, menos grave y leve– de la modalidad imprudente, habiendo seguramente que esperar un tiempo para que se aquilate el contenido de estos conceptos ambiguos y poco determinados<sup>314</sup>. No obstante de lo dicho, nos parece que la intensidad de la imprudencia vendrá dada conforme el grado de descuido del deber de cuidado, pues de ahí partirá la agravación tomando en consideración las circunstancias de cada caso<sup>315</sup>;

---

<sup>313</sup> Advirtiendo el problema de la distinción en la jurisprudencia, la STS de 19 de febrero de 1982 (ROJ 1260/1982) (Pte. Gómez de Liaño Cobaleda) manifiesta “teniendo en cuenta que las líneas divisorias de los diferentes grados de la imprudencia punible son tenues e imprecisas, presentando dificultades por abstracciones en los juicios valorativos sobre su apreciación...”; CALDERÓN TELLO, F.: Ensayo acerca del Tipo Culposo o Imprudente en Derecho Penal y su Relación con la Imputación Objetiva, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra. 2016, p. 154 y ss., Considera que la gravedad de la imprudencia es una cuestión cuantitativa y cualitativa. Propone para mediar la intensidad-gravedad de la imprudencia tomar como baremo el grado de posibilidad. “Un comportamiento imprudente grave o temerario se desataría por ser un comportamiento irreflexivo, sin juicio alguno y motivado exclusivamente por comportarse del modo en que lo hace la persona, sin interesarse en absoluto respecto de las circunstancias previas alrededor del cual gira el comportamiento posterior”.

<sup>314</sup> No obstante, respecto a esta nueva regulación penal, JIMÉNEZ LAFUENTE, P. cit. en DAUNIS RODRÍGUEZ, A.: “La imprudencia menos grave”, en *Revista electrónica InDret*, Barcelona, julio de 2018, p.17 entiende que: “la apreciación de la imprudencia grave en principio cuando en la causación del resultado haya concurrido como factor determinante y causal una infracción grave o muy grave”; mientras que, la imprudencia menos grave quedaría englobada por aquellos supuestos en los que resulte la apreciación de un “menor reproche social por la menor intensidad de la infracción de cuidado, lo que nos lleva a un sistema que recuerda, y asimilaría la nueva imprudencia menos grave, con la anterior imprudencia simple con infracción de reglamentos”.

<sup>315</sup> En la jurisprudencia STS de 4 de julio de 2003 (ROJ 4710/2003) (Pte. Delgado García) “Tiene razón el recurrente en cuanto a que en nuestro derecho positivo no hay módulos legales que sirvan para medir la intensidad de la imprudencia a los efectos de calificarla como grave (temeraria, decía el CP anterior) o leve (simple, según tal código de 1973) [...] Sin duda alguna, el criterio fundamental para distinguir entre ambas clases de imprudencia ha de estar en la mayor o menor intensidad o importancia del deber de cuidado infringido, ya que la infracción de tal deber constituye el núcleo central acerca del cual gira todo el concepto de imprudencia punible. Pero este criterio es demasiado genérico como para que pueda servir en los casos dudosos a los efectos de encuadrarlos en una u otra de tales dos modalidades [...] Hay que estar a las circunstancias del caso concreto. Son las que sirven de guía para calificar una conducta imprudente como grave o como leve”; STS de 30 de junio de 2004 (ROJ 4639/2004) (Pte. Sánchez Melgar).

por ejemplo, el ámbito en donde se desarrolle la conducta<sup>316</sup>. Dicha gravedad concurrirá ahí donde la inobservancia del deber de cuidado haya sido “grosera”; esto es, que el comportamiento haya rebasado el mínimo cuidado que amerita las actividades de alto riesgo, inobservando las medidas de control, siendo intrascendente que el sujeto conozca que está infringiendo una norma de cuidado o quien no conociéndolo estaría en el deber de conocerla. De ahí la importancia en determinar el nivel de cuidado conforme el bien jurídico que de que se trate, ya que al tratarse de bienes jurídicos sensibles como la vida, la salud y la integridad de las personas, la exigencia de medidas de control son mayores<sup>317</sup>; esto en razón de que la superación del riesgo permitido en estos casos es menos aceptable, sin condicionar lógicamente de forma directa, la gravedad de la imprudencia a la calidad de dichos bienes jurídicos, pues como ha quedado indicado, será determinante el desvalor de acción<sup>318</sup>.

Así, en el ámbito médico se han de considerar las circunstancias, los instrumentos y el estado de la ciencia<sup>319</sup>, para desde este punto valorar el grado de desatención que pudo emplear el sujeto en cuestión; pues como afirma MIR PUIG, “la valoración social del riesgo depende de si se produce en ámbitos en que se admiten determinados grados de riesgo permitido: un grado de peligrosidad que podría ser grave fuera de uno de estos ámbitos puede ser menos grave dentro de ellos”<sup>320</sup>.

---

<sup>316</sup> La probabilidad de lesión no es igual en el trabajo de un oficinista que en la sala de quirófano, o el de un albañil que se sube al andamio.

<sup>317</sup> En este sentido son acertadas las palabras de QUINTANO RIPOLLÉS, A.: Derecho penal de la culpa, Ed. Bosch, Barcelona. 1958, p. 280, “a mayor deber, mayor cuidado”.

<sup>318</sup> Al respecto la STS de 30 de noviembre de 2001 (ROJ 9414/2001) (Pte. Bacigalupo Zapater) “cuando la acción del autor genera un peligro para un bien jurídico importante en condiciones en las que la posibilidad de producción del resultado son considerables, la imprudencia debe ser calificada como grave”.

<sup>319</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, A.: Derecho penal de la culpa, Ed. Bosch, Barcelona. 1958, p. 280, “Cada lugar y cada época tienen sus específicas nociones de valor y de deber, en las que las de culpa y su gravedad están indeleblemente acentuadas. Hace cincuenta años era el colmo de la temeridad correr por una carretera a 50 kilómetros por hora, y lo sigue siendo ir hoy a 100, no siéndolo, en cambio en una pista. Nada más temerario que romper de un tiro una pipa en la boca de un semejante o dibujar su silueta con cuchillos, lo que se aplaude todos los días en las pistas de los circos.

<sup>320</sup> MIR PUIG, S.: Derecho penal. PG, 10.<sup>a</sup> edición, Ed. Reppertor, Barcelona. 2015, p. 295.

### 3.3.7. Breve referencia a la imprudencia profesional en el Código español

Resulta frecuente que al hablar de imprudencia profesional se asocie a la actividad médica<sup>321</sup>, empero, si nos remontamos a su origen en la legislación española, se podrá constatar que su introducción por primera vez en el CP de 1944 –agravando la pena básica imprudente– estaba direccionada a los profesionales de la conducción<sup>322</sup>, llevando consigo una cualificación de la pena privativa de libertad respecto a la tipificada para el delito común. Cuestión que recibió varias críticas producto de la selectividad de tal agravación en referencia al sector antes mencionado –motorizado–, y la no consideración de la misma, respecto a otros sectores profesionales. En este sentido, la crítica de QUINTANO RIPOLLÉS se muestra contundente: “no se alcanza el motivo de por qué otros profesionales, médicos, arquitectos o conductores de trenes, pongo por caso, no han de sufrir idénticas agravaciones en sus propias culpas, siendo así que en no pocas ocasiones los resultados de ellas son harto más catastróficas y espectaculares que las determinadas por los vehículos de motor”<sup>323</sup>. Argumento este que a todas luces denota la falta de coherencia de la norma penal, pareciendo quedar al descubierto cierta aversión del legislador a este sector –conductores de vehículos a motor–, siendo pertinente una acertada reflexión: “una imprudencia temeraria de un conductor de tren que determine una docena de muertes, podrá ser castigado con pena menor, y, desde luego, nunca podrá serlo con mayor, que un chofer de taxi que rompa la pierna a un transeúnte. En ambos casos, la pena es la prisión menor pero obligadamente en su grado máximo para el taxista, que por añadidura ha de sufrir la sanción complementaria de la retirada del permiso de conducción, no impuesta al maquinista”<sup>324</sup>.

<sup>321</sup> Pareciere que con la extensión de los efectos de la agravación –imprudencia profesional– en el C.P. de 1995, a los delitos de aborto y lesiones al feto, el legislador estuvo pensando en la actividad médico sanitaria.

<sup>322</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p. 63.

<sup>323</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, A.: Derecho penal de la culpa, Ed. Bosch, Barcelona. 1958, p. 542.

<sup>324</sup> *Ídem.*

Así las cosas, después de varias modificaciones al CP, no es hasta 1989 donde el art. 565 del CP 1944/1973<sup>325</sup>, recibe una nueva redacción quedando la imprudencia profesional como una subespecie de la temeraria<sup>326</sup>, circunscribiendo esta agravación a aquellas conductas que provocan muertes o determinadas lesiones constitutivas de delito, pero que sin embargo, no cambia en lo sustancial el régimen de la imprudencia profesional vigente<sup>327</sup>. Es así que la LO10/1995 de 23 de noviembre, por la que se aprueba el nuevo CP, deroga el art. 565 del CP 1944/1973, adoptando el sistema de *numerus clausus* mediante el art.12 del CP de nuevo cuño (1995)<sup>328</sup>.

De esta manera, el Código penal de 1995, continuó conservando en su tipificación la heredada cláusula de la imprudencia profesional, pues si bien extendió su agravación a delitos como el aborto (ya constante en códigos penales precedentes) incluyó como nuevo delito las lesiones al feto, evidenciando la intención del legislador a no querer expulsar esta figura, extendiendo así sus efectos a campos que antes le eran ajenos<sup>329</sup>, o incluso con conductas que resultaban atípicas<sup>330</sup>, completando el marco de la norma

---

<sup>325</sup> El art. 10 de la LO 3/1989, de 21 de junio, modifica el art. 565 CP 1944/1973, quedando redactado como sigue: «El que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediare dolo, constituiría delito, será castigado con la pena de prisión menor. Cuando se produjere la muerte o lesiones con los resultados previstos en los arts. 418,419 ó 421.2., a consecuencia de impericia o negligencia profesional, se impondrá en su grado máximo las penas señaladas en este artículo. Dichas penas se podrán elevar de uno a dos grados, a juicio del Tribunal, cuando el mal causado fuere de extrema gravedad. Las infracciones penadas en este artículo, cometidas con vehículos de motor, llevarán aparejada la privación del permiso de conducción por un tiempo de tres meses y un día a diez años. Lo dispuesto en los dos primeros párrafos de este artículo no tendrá lugar cuando las penas previstas en el mismo sean iguales o superiores a las del correspondiente delito doloso, en cuyo caso los Tribunales aplicarán la inmediata inferior a esta última en el gado que estimen conveniente. En la aplicación de estas penas procederán los Tribunales a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el art. 61».

<sup>326</sup> HAVA GARCÍA, E.: La imprudencia médica, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2001, p. 19. En este sentido cfr. GARCÍA RIVAS, N.: «La imprudencia “profesional”: Una especie a extinguir», en *RDS*, núm. 6, 1999, p. 81.

<sup>327</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p. 63.

<sup>328</sup> El art. 12 de la LO 10/1995, del CP, tipifica: “Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley”

<sup>329</sup> GÓMEZ RIVERO, M.<sup>a</sup> C.: La responsabilidad Penal del Médico, 2.<sup>a</sup> edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2008, p.447.

<sup>330</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p. 64.

con la incorporación a más de la pena privativa de libertad la de inhabilitación profesional<sup>331</sup>.

---

<sup>331</sup> El numeral 3 del art. 12, LO 10/1995, del CP, consta como sigue: “Cuando el homicidio fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de tres a seis años”.

## **CAPÍTULO II**

### **RESPONSABILIDAD PENAL POR IMPRUDENCIA MÉDICO-SANITARIA EN EL TRABAJO DE EQUIPO**

## CAPÍTULO II

### II. RESPONSABILIDAD PENAL POR IMPRUDENCIA MÉDICO-SANITARIA EN EL TRABAJO DE EQUIPO

#### 1. El principio de división funcional del trabajo

Con el paso del tiempo la medicina ha dejado de ser una actividad en donde la relación médico-paciente se supeditaba a un solo profesional: “mi médico”<sup>332</sup>. En los tiempos que concurren dicha labor (atención al paciente) se ha convertido en una profesión llevada a cabo por una pluralidad de personas que actúan funcionalmente separadas pero de forma coordinada<sup>333</sup> en favor de un objetivo en común, el bienestar del paciente. Esta mutación en la estructura organizativa y funcional obedece a varios aspectos entre los cuales podemos destacar dos fundamentalmente: a) El avance de la ciencia médica: ya no es posible que un médico conozca al mismo tiempo todas las especialidades<sup>334</sup>, propugnándose una ramificación de conocimientos y la consiguiente parcelación de tareas<sup>335</sup>; y, b) El incremento del número de personas con la posibilidad de acceder a la atención médica<sup>336</sup>. Aspectos que han forzado a un nuevo tipo de organización médico-sanitaria producto del desarrollo de nuevas especialidades, para cuya operatividad el individualismo no satisface los objetivos del arte médico.<sup>337</sup>

<sup>332</sup> GÓMEZ PAVÓN, P.: Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil, 3.ª edición, Ed. Bosch, Madrid. 2013, p. 375.

<sup>333</sup> ARROYO GORDO, M.: “Trabajo en equipo y principio de confianza”, en *Metas de Enfermería*, núm. 5, vol. 12, Junio 2009, p. 3, no obstante advierte RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: “La responsabilidad penal médica por homicidio y lesiones imprudentes actualmente en España (artículos 142 y 152 Código penal)”, en *Revista La Ley*, núm. 6601, 2006, p. 3, este nuevo modelo de organización multidisciplinar en la práctica médica implica también riesgo producto de la falta de coordinación, comunicación o información de los integrantes del equipo pudiendo desembocar en una deficiente atención sanitaria.

<sup>334</sup> JORGE BARREIRO, A.: La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Ed. Tecnos, Madrid. 1990, p. 113.

<sup>335</sup> GÓMEZ RIVERO, M.ª C.: La responsabilidad Penal del Médico, 2.ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2008, p. 399.

<sup>336</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p. 183.

<sup>337</sup> DE FUENTES BARDAJÍ, J. (dir.): Manual sobre responsabilidad sanitaria, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2009, p. 586. Respecto a cómo el médico general ha ido cediendo

En el caso que nos ocupa, por poner un ejemplo, la labor médico-quirúrgica básicamente se halla estructurada por especialistas (cirujanos y anestesiólogos) y auxiliares (ayudantes y enfermeras) condicionada por la delimitación de las atribuciones y competencias de cada profesional<sup>338</sup>. Al respecto, sirvámonos de las palabras de MARZAL FELICI, quien considera que “el Hospital se conceptúa actualmente como una empresa de servicios en donde un conjunto de trabajadores de diferentes gradaciones y funciones cumplen el objetivo productivo de reintegrar a la sociedad personas con defectos de salud y por ello sin capacidad temporal de actividad social. Este podría ser un concepto mecanicista de Hospital”<sup>339</sup>.

La división de trabajo<sup>340</sup> (*Das Prinzip Der Arbeitsteilung*) -estrechamente relacionado con el principio de confianza- como un fenómeno irreversible resulta de mucha utilidad en aras de una mejor planificación y una adecuada distribución de tareas en el quehacer médico-sanitario, adjudicando a cada partícipe cometidos específicos que serán desarrollados con la exclusividad y concentración oportuna; propugnando de esta forma una labor médico-sanitaria más especializada y de mayor efectividad en los resultados. Muestra de aquello *v.gr.* Christian Barnard, el 3 de diciembre de 1967, llevó a cabo el primer trasplante de corazón humano: contando con 56 colaboradores y el apoyo de 12 médicos especialistas<sup>341</sup>, marcando un hito decisivo en las técnicas de alta cirugía.

---

terreno a favor de ramificaciones en donde prima la especialización, *vid.* arts. 3 y 7 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias (LOPS).

<sup>338</sup> DOLZ LAGO, M.: *Las imprudencias punibles en la construcción*, Ed. Comares, Granada. 1996, p. 56. No obstante, FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: *Homicidio y lesiones imprudentes: Requisitos y límites materiales*, Ed. Edijus, Zaragoza. 1999, p. sostiene que: “Los fenómenos de la división vertical y horizontal de trabajo son datos puramente fácticos que precisan una valoración jurídica desde el punto de vista de la existencia de deberes de cuidado con respecto a otras personas con las que realiza una tarea en común”.

<sup>339</sup> MARZAL FELICI, V.: (1990) *Riesgo quirúrgico y técnicas de gestión Administrativa. Ejemplo de aplicación ofimática* (Tesis Doctoral) t. I, Universidad Complutense de Madrid, [Biblioteca de Tesis Doctorales y Publicaciones Académicas de la UCM].

<sup>340</sup> DOLZ LAGO, M.: *Las imprudencias punibles en la construcción*, Ed. Comares, Granada. 1996, p. 56, explica, que la división de trabajo vendrá condicionada por la delimitación de las atribuciones y competencias de cada profesional.

<sup>341</sup> JORGE BARREIRO, A.: *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Ed. Tecnos, Madrid. 1990, p. 113.

De igual forma en España, el 14 de febrero del 2001, un equipo multidisciplinar integrado por medio centenar de profesionales de varios servicios pediátricos, separaron con éxito a dos niñas siamesas en el Hospital Universitario “La Paz” de Madrid, en cuya operación de doce horas de duración, intervinieron especialistas de: Anestesia y Reanimación, Cirugía Pediátrica, Cirugía Cardiovascular, Ortopedia y Traumatología, Neurocirugía, Urología, Cirugía Plástica y Enfermería<sup>342</sup>. Ejemplos que dan cuenta de la vigencia del principio de la división del trabajo. Pese a ello, desde la perspectiva del Derecho penal este reparto de funciones suscita serios inconvenientes, por ejemplo, en el ámbito médico-quirúrgico, como una actividad en la que interactúan varias personas a manera de “mosaico”<sup>343</sup>, dificultando la delimitación de la responsabilidad penal en el eventual caso de infaustos resultados si tenemos en cuenta que el Derecho penal fundamentalmente está basado en el principio de responsabilidad propia e individual<sup>344</sup>. Así las cosas, la tendencia a jerarquizar las estructuras en centros asistenciales, de atención primaria y hospitales se consolida cada vez más, cuyos efectos no solo que recaen en el médico sino que tienen incidencia en el personal sanitario facultativo y el que no lo es. Llegando inclusive a reconocerse la figura de «equipo médico»<sup>345</sup>.

<sup>342</sup> *El País*, de 15 de febrero de 2001, cit. en HAVA GARCÍA, E.: La imprudencia médica, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2001, p. 75.

<sup>343</sup> Término utilizado por WILHELM, cit. en RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p. 184.

<sup>344</sup> JORGE BARREIRO, A.: La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Ed. Tecnos, Madrid. 1990, p. 114.

<sup>345</sup> ARROYO GORDO, M.: “Trabajo en equipo y principio de confianza”, en *Metas de Enfermería*, núm. 5, vol. 12, Junio 2009, p. 3, explica que el equipo médico desarrollará “procesos asistenciales en los que han de intervenir diferentes grupos profesionales, equipos multidisciplinarios, formados por médicos, enfermeras, auxiliares, técnicos, etc., a fin de alcanzar objetivos comunes mediante la ejecución de una serie de metodologías, estrategias y procedimientos”. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, nota 8, p. 188, considera que no son sinónimos trabajo en grupo y trabajo en equipo pues, aclara que por *grupo* debe entenderse el “conjunto de personas que intervienen simultánea o sucesivamente en la atención de un paciente, exista o no una coordinación entre ellas”. VILLACAMPA ESTIARTE, C.: Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales, Ed. Aranzadi, Navarra. 2003, p. 40, distingue entre «equipo médico» compuesto por “varios profesionales sanitarios concurren a la realización de un acto médico, atendida la complejidad de la realización individual del mismo, o tratan en común a un paciente”; y, «*grupo médico*» o «*medicina en grupo*» al “ejercicio de la actividad profesional por parte de varios sanitarios con una misma ubicación

La Ley Orgánica 44/2003 de 21 de noviembre, sobre ordenación de las profesiones sanitarias, en su art. 9.1, establece: “La atención sanitaria integral supone la cooperación multidisciplinaria, la integración de los procesos y la continuidad asistencial, y evita el fraccionamiento y la simple superposición entre procesos asistenciales atendidos por distintos titulados o especialistas”<sup>346</sup>. Como se ha destacado la división de trabajo ha experimentado una nueva forma de organización respecto a la distribución de funciones facilitando de esta forma la práctica médico-sanitaria donde ardua es la presión e inevitable la variedad de situaciones que habrán que sortear por tratarse de una actividad que implica riesgo permanente.

Así las cosas, la división del trabajo se fundamenta en dos ámbitos: la división de trabajo horizontal y la división de trabajo vertical. Antes de referirnos a cada una de ellas, es importante aludir al criterio de su distinción, para cuyo cometido la doctrina se apoya en la formación<sup>347</sup> de los profesionales, en la competencia funcional o en el reparto de competencias. Pese a estos elementos, además hay quienes consideran que dicha división vendría dada

---

física, aun sin ejercicio conjunto del tratamiento, aprovechando un mismo espacio físico o unos servicios comunes, como ocurre con los gabinetes médicos”.

<sup>346</sup> Ley Orgánica 44/2003 de 21 de noviembre, sobre Ordenación de las Profesiones Sanitarias (LOPS) BOE núm. 280 de 22 de noviembre de 2003, en sus arts. 4 y 9 se refiere a “trabajo en equipo” o “equipos profesionales”; de igual forma el Real Decreto 137/1984 de 11 de enero, sobre Estructuras Básicas de Salud. BOE de 01 de febrero de 1984, arts. 3,4, y 5; Ley 14/1986 de 25 de abril, General de Sanidad. BOE núm. 102 de 29 de abril de 1986, arts. 56,63 y 64.

<sup>347</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p. 189, explica la conveniencia en aclarar, qué se entiende con formación, o como a la titulación académica (formal) o si además comprende el conocimiento adquirido a través de la experiencia laboral (material). Pues, en base a este parámetro, se podrá establecer si se estaría una relación horizontal o vertical de trabajo. “Si se restringe el término «formación» hasta identificarlo con titulación académica, la relación entre sujetos con igual titulación será calificada siempre como una relación entre iguales, es decir, división horizontal de trabajo. Esto ocurría, por ejemplo, con dos titulados en enfermería. Por la misma razón, entre sujetos con distinto nivel de titulación mediará una relación vertical, por ejemplo, entre médicos y personal de enfermería. Sin embargo, si utilizamos el término «formación» en un sentido amplio, no sólo habrá que tomar en consideración la titulación de los profesionales sino la experiencia acumulada a lo largo de su vida profesional. Así, dos titulados en enfermería pero con trayectorias profesionales distintas, podrían guardar entre sí una relación de carácter vertical en la que, *de facto*, uno es jerárquicamente superior al otro. Tal diferencia encuentra reflejo en el término alemán *Ausbildungsstand*, que se puede traducir por nivel de formación o estado de formación y con el que se alude a la preparación adquirida en el ejercicio de la medicina, añadida al nivel académico inicial del profesional sanitario”.

por la posición en la estructura o en el organigrama institucional<sup>348</sup>. CHOCLÁN MONTALVO, en referencia a las competencias funcionales establece que la relación de trabajo es horizontal cuando existe igualdad de jerarquía competencial entre dos o más integrantes del grupo actuante, o de carácter vertical cuando los distintos sujetos se encuentran vinculados en relación de subordinación jerárquica<sup>349</sup>. Con una postura intermedia partiendo de la formación académica y la asignación de funciones realizada por el médico jefe, ROMEO CASABONA explica “la primera responsabilidad que le incumbe al médico es la de efectuar acertadamente la distribución de las tareas según la cualificación general del personal colaborador, es decir, atendiendo a su titulación, la cual ha de servirle de punto objetivo de referencia [...] También ha de atender el médico a la preparación real y a la experiencia de sus colaboradores”<sup>350</sup>.

VILLACAMPA ESTIARTE, acoge una posición heterodoxa en la relación entre profesionales; la autora es partícipe de la competencia funcional y la relación jerárquica (posición en el organigrama) para identificar la relación de trabajo establecida, precisando que “la identificación de la división horizontal del trabajo como la que se produce entre facultativos y la división vertical como la existente entre diplomados en enfermería y otro personal sanitario no facultativo titulado con el facultativo, supone la confusión de dos diversos planos, esto es, el de la competencia en relación al de la posición en el seno del organigrama institucional. Pero es que además puede entrañar el peligro de extender indebidamente la responsabilidad del personal facultativo por el comportamiento desarrollado por el no facultativo titulado sobre la base de la subsistencia de una serie de deberes secundarios de cuidado que limitan la

---

<sup>348</sup> No obstante, como advierte RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Virgilio: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p. 188, pese a que esta estructura generalmente vendría dada por la titulación o cualificación académica, no es impedimento que sujetos con distinta titulación en grado no puedan encontrarse en un mismo nivel jerárquico.

<sup>349</sup> CHOCLÁN MONTALVO, J.: Deber de cuidado y delito imprudente, Ed. Bosch, Barcelona. 1998, p. 106.

<sup>350</sup> ROMEO CASABONA, C.: El Médico y el Derecho Penal, Ed. Bosch, t. I, Barcelona. 1981, p. 250.

operatividad de la confianza en relación con profesionales, respecto de los cuales no se tiene ni formalmente ni *de facto* una posición de supremacía<sup>351</sup>.

Para mejor entendimiento de lo dicho, recurramos al supuesto práctico del “especialista en anestesiología y reanimación puede delegar en un diplomado de enfermería, cuando menos *de facto*, la vigilancia de un paciente que se encuentra en la sala de despertar, pero no por ello la relación profesional existente entre ambos, si no era jerárquica, se troca en tal. Aun cuando el especialista sea jefe del servicio de anestesiología del centro sanitario no es superior jerárquico del diplomado en enfermería adscrito al servicio de cirugía. De la misma forma que tampoco puede afirmarse la concurrencia de una relación jerárquica entre un especialista adjunto al servicio y miembros del personal sanitario no facultativo del mismo servicio o unidad, y sí cabe afirmar, por el contrario, entre el jefe del servicio de pediatría de un centro y los especialistas médicos adscritos al mismo, a pesar de tener todos ellos la misma cualificación académica. No puede, pues, partirse de la presunción de una relación de supra-subordinación derivada directamente de la condición de licenciado y diplomado. Una cosa es el ejercicio de competencias propias por parte de diversos profesionales, y otra bien distinta es la virtualidad que sobre el control de la actividad de éstos suponga la existencia de relaciones jerárquicas<sup>352</sup>.

RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, opta una posición combinada o más bien complementaria, considerando que para determinar el tipo de relación de trabajo, se atenderá primordialmente a la formación académica (titulación). Sin embargo, este autor sugiere complementar el criterio antes referido con la posición en el organigrama, pues como pone de manifiesto, “sujetos con idéntica titulación y hasta formación (entendida como la suma de formación

<sup>351</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C.: Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales, Ed. Aranzadi, Navarra. 2003, p.158.

<sup>352</sup> *Ibid.*, p.156, no obstante, criticando esta posición RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, pp. 191 y s., no ve que dicha autora encuentre una relación vertical de trabajo, excepto “en los casos en los que le personal no facultativo esté adscrito a un Servicio o a una Sección hospitalaria que dependan jerárquicamente de un médico que ocupa el puesto de Jefe de Servicio o Sección, respectivamente”.

estrictamente académica más experiencia adquirida a lo largo de la vida laboral), pueden encontrarse en planos jerárquicos diferentes”<sup>353</sup>. Así las cosas, si bien la utilidad del principio de confianza en aras de delimitar las competencias y consecuentemente establecer la responsabilidad penal es innegable, en contrapartida “a medida que avanza la división de trabajo y la especialización, aumentan los peligros”<sup>354</sup>.

Para más concreción de lo expuesto, JORGE BARREIRO expone las consecuencias de la división de trabajo en el ámbito médico-quirúrgico (lo cual puede ser extensivo a toda la actividad médico-sanitaria) especificando las fuentes de peligro: “1.<sup>a</sup> *La cualificación deficiente* de los colaboradores, que debe ser advertida oportunamente por el médico. El cirujano debe prestar la debida atención a tales colaboradores, poniendo en práctica las medidas de precaución necesarias como las de vigilancia, control e instrucción de los mismos. 2.<sup>a</sup> Los *fallos en la comunicación*, que dan lugar, frecuentemente, a prestaciones médicas incorrectas. Esto se produce cuando el médico formula, de forma imprecisa, las indicaciones a sus colaboradores o cuando éstas son erróneamente interpretadas. De ahí, la necesidad de adoptar las medidas de seguridad adecuadas –como llevar en orden el libro de visitas, la hoja del enfermo, dar las instrucciones de medicación o de tratamiento por escrito– para evitar esos fallos previsibles. 3.<sup>a</sup> La *coordinación defectuosa*, que aparece con mayor intensidad en aquellas actividades médicas –como la Cirugía– en las que intervienen varios especialistas y personal auxiliar. Así, será preciso sintonizar las medidas diagnósticas y terapéuticas cuando sobreviene una urgencia. 4.<sup>a</sup> Los *fallos de organización*, que deben evitarse por parte de la dirección del centro sanitario a través de las adecuadas, medidas de control. 5.<sup>a</sup> La *deficiente evaluación de la capacidad o conocimientos médicos* de los

---

<sup>353</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, pp. 212 y s. En la jurisprudencia menor, estableciendo cierta diferenciación funcional entre dos especialistas con igual titulación de los cuales uno de ellos intervenía como ayudante en una cirugía, el AAP Badajoz (ROJ 162/2004) (Pte. Narváez Bermejo) explicita que “aun siendo ayudante se trata de un especialista en urología [...] No se puede hablar de una subordinación o jerarquía en las relaciones entre cirujano o ayudante, sino funcional en el sentido de que siendo el ayudante auxiliar del cirujano debía atender sus órdenes”.

<sup>354</sup> CARSTENSEN, cit. JORGE BARREIRO, A.: La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Ed. Tecnos, Madrid. 1990, p. 116.

sanitarios intervinientes en la actividad médico-quirúrgica, a los efectos de llevar a cabo las tareas asignadas<sup>355</sup>.

### 1.1. División horizontal del trabajo

La división horizontal del trabajo o división de trabajo en sentido estricto, es aquella estructura cuya característica fundamental es la relación entre iguales<sup>356</sup>, sin que se establezca una relación jerárquica de subordinación bajo la *premisa* de un nivel similar de formación, competencia e independencia<sup>357</sup>. De esta manera, en procura de nuestra investigación, será necesario establecer los presupuestos o mecanismos en aras de delimitar las responsabilidades que podrían surgir entre iguales.

En principio, dicha igualdad “jerárquica” obedecería a criterios formativos, esto es, a la titulación académica<sup>358</sup>; empero, como habíamos anotado *supra*, parte de la doctrina agrega a la titulación académica la experiencia laboral. En este sentido, no infrecuentemente la doctrina alude a la formación para referirse a la división horizontal de trabajo acudiendo al ejemplo arquetipo del *cirujano y anestesista*<sup>359</sup>, personas con idéntico grado académico (licenciados en medicina con su propia especialidad). Pese a ello, este aspecto

<sup>355</sup> *Ídem*.

<sup>356</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p. 192.

<sup>357</sup> WILHELM, cit. en JORGE BARREIRO, A.: La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Ed. Tecnos, Madrid. 1990, p. 116.

<sup>358</sup> En este sentido, cierta parte de la doctrina se decanta por insatisfactorio el criterio de titulación académica para la valoración de la división de trabajo, esto en base a la independencia funcional y la autonomía competencial de los titulados universitarios de grado medio –diplomados en enfermería, ATS y fisioterapeutas–, personas con diferente cualificación respecto de los facultativos médicos –cirujano, anestesista, etc.–; pues, los primeros –no facultativos– a más de sus labores como auxiliares del médico, tienen asignadas individualmente competencias directamente *asistenciales*, independientes de una prescripción facultativa, vid. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p. 193.

<sup>359</sup> Entre otros, véase FEIJÓO SÁCHEZ, B.: Homicidio y lesiones imprudentes: Requisitos y límites materiales, Ed. Edijus, Zaragoza. 1999, p. 332, entre médico y farmacéutico, entre médicos de distintas especialidades, entre piloto de avión y controlador, entre maquinista de ferrocarril y vigilante de paso a nivel o entre las diversas secciones de una empresa fabricante de productos de consumo. HAVA GARCÍA, E.: La imprudencia médica, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2001, p.77; GÓMEZ RIVERO, M.<sup>a</sup> C.: La responsabilidad Penal del Médico, 2.<sup>a</sup> edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2008, p.414; DE FUENTES BARDAJÍ, J. (dir.): Manual sobre responsabilidad sanitaria, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2009, p. 586.

no sería del todo concordante con algunos posicionamientos que aluden el “reparto competencial” o “posición en el organigrama”<sup>360</sup> a objeto de establecer la división horizontal o vertical de trabajo, según corresponda.

Si bien la idea general de la división horizontal del trabajo consiste en una relación entre iguales, *v.gr.* entre facultativos o entre no facultativos, esta cuestión no es siempre predicable ya que en determinados casos es la independencia laboral que media entre los integrantes la que define *de facto* un orden horizontal de trabajo con independencia de la función o titulación de los mismos, es decir, se podrían dar relaciones interdependientes en un plano de igualdad entre personas con diferente cualificación (facultativo-no facultativo) al desempeñar cada una de ellas competencias autónomas.

Conforme a lo anterior, se verá como entre médicos y enfermeras no existe dentro del organigrama institucional una relación de supra-subordinación que pueda fundamentar el derecho a dar órdenes a uno de ellos y la obligación del otro en acatarlas<sup>361</sup>. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, resalta la autonomía funcional como ente caracterizador del régimen horizontal de trabajo devenido de la relación de igualdad entre los intervinientes, es decir, de encontrarse en un plano de identidad tanto en su estado de formación (*Ausbildung*) como de libertad de acción, de manera que no estén sometidos a órdenes de nadie (*Weisungsfreiheit*)<sup>362</sup>; no obstante, la división horizontal del trabajo supone que cada integrante del equipo médico posea un plano competencial autónomo e independiente del de los demás<sup>363</sup>; siendo más específicos, que cada individuo

<sup>360</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p. 193.

<sup>361</sup> A manera de ejemplo se puede palpar cómo el avance médico y profesional va dejando de lado la relación horizontal o vertical del trabajo entre profesionales de distinta titulación, esto en referencia a la pugna originada por la pretensión de los enfermeros en que se les acredite para poder “recetar” sin necesidad de supervisión de los médicos, (cfr. *El País*, de 5 de octubre de 2018).

<sup>362</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p. 194.

<sup>363</sup> Esto no es del todo invariable pues conforme las circunstancias, es posible que se abarque las competencias de otro con quien se interactúa, lo que la doctrina lo denomina llamaría «deberes secundarios de supervisión». Esto lo podemos constatar en el supuesto recogido en la STS de 4 de septiembre de 1991 (ROJ 7509/1991) (Pte. Martínez-Pereda Rodríguez) que en su parte pertinente recoge “aunque el cirujano tenga un cometido de actuación en su campo operativo y no vigile directamente las incidencias que refleje el monitor, debió ordenar su

tome su propia decisión de acuerdo a la acción que va a ejecutar, o en principio sin tomar en cuenta conductas de terceras personas y menos órdenes de cualquier otro interviniente.

Así, el anestesista responderá por el cuidado preoperatorio del paciente a los efectos de disponerlo para la anestesia; además se encargará de la vigilancia y control de las funciones vitales del intervenido: durante y después de la intervención quirúrgica; y el cirujano, tendrá plena soberanía y responsabilidad para decidir sobre el «si, dónde, cómo y cuándo» se realiza la operación<sup>364</sup>. Pese a lo apuntado, en la práctica “la independencia absoluta en una actividad en grupo o equipo no existe”<sup>365</sup>, pues el hecho de actuar en conjunto implica ya una dependencia de unos profesionales respecto a otros, sin que el carácter funcional de la misma signifique subordinación.

De esta manera, los ámbitos de intervención en relación con las diferentes especialidades quedan circunscriptas a su campo de acción, no permitiendo la intromisión de un especialista en la labor de otro, configurándose de esta manera en una relación de interdependencia (que no de jerarquía), ya que los médicos antes de tomar una decisión dependerán del apoyo de otros especialistas, así como de análisis clínicos, radiografías, ecografías, consolidándose dicha relación de dependencia<sup>366</sup>. De esta forma, se podrá afianzar el principio de división horizontal del trabajo logrando que “que cada especialista se pueda ocupar de su ámbito especializado sin perder energías controlando si la otra persona se comporta correctamente”<sup>367</sup>; pues de no ser

---

conexión, y si era al anestesista a quien tal cometido incumbía, no permitir que se ausentara del quirófano”.

<sup>364</sup> HAVA GARCÍA, E.: La imprudencia médica, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2001, p. 77.

<sup>365</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p. 194.

<sup>366</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p. 195.

<sup>367</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: Homicidio y lesiones imprudentes: Requisitos y límites materiales, Ed. Edijus, Zaragoza. 1999, p. 232. JAKOBS, G.: La imputación objetiva en Derecho penal: estudio preliminar de SUÁREZ GONZÁLEZ, C. y CANCIO MELIA, M., trad. CANCIO MELIA, M., Ed. Civitas, Madrid. 1996, p. 96, “...las garantías normativas que el Derecho establece no tienen como contenido el que todos intenten evitar todos los daños posibles –si así fuese, se produciría una paralización inmediata de la vida social–, sino que adscriben a determinadas personas, que ocupan determinadas posiciones en el contexto de interacción –y no a todas la

así “un médico que se ocupase de todo quizá no se expondrá al reproche jurídico-penal por falta de diligencia pero es probable que no sea un buen médico”<sup>368</sup>.

## 1.2. División vertical del trabajo

La división vertical del trabajo a diferencia de la modalidad horizontal se halla fundamentada en la delegación de tareas<sup>369</sup>, caracterizada por la subordinación de los no facultativos (en algunos casos titulados) respecto a los que lo son. Los primeros acatando órdenes y los segundos emitiendo instrucciones (cuestión dudosa<sup>370</sup>), además de cumplir con los deberes de diligencia secundarios –vigilia y control de las disposiciones– en relación con el personal auxiliar a quienes se les encomienda determinadas tareas, estableciéndose de esta forma un orden jerárquico.

El criterio para determinar la división vertical del trabajo vendría dada por la distinta «formación» de la persona para lo cual se acuña como caso paradigmático la relación existente entre el médico cirujano y la enfermera quien asiste al facultativo, configurándose una relación de supra y subordinación<sup>371</sup>; aspecto que es matizable, pues como lo examinamos en líneas precedentes en algunos casos se parte del organigrama institucional y

---

personas–, determinados cometidos, es decir, aseguran estándares personales, roles que deben ser cumplidos”.

<sup>368</sup> STRATENWERTH cit. en JORGE BARREIRO, A.: La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Ed. Tecnos, Madrid. 1990, p. 119.

<sup>369</sup> JORGE BARREIRO, A.: La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Ed. Tecnos, Madrid. 1990, p. 116. Respecto a la “delegación”, *vid.*, “La responsabilidad penal por contagio hospitalario”, en *Revista de Derecho y Salud*, vol. 8, núm. 1, 2000, p. 52, quien explica una interesante posición. El autor argumenta que en estos casos, el delegante no cancela la posición de garante que ostenta, incumbiéndole al mismo: la selección del delegado; la vigilancia y supervisión de su actuación; la de información y formación; la de dotación de medios económicos y materiales; la de organización y coordinación de la actuación armónica de los delegados, etc., y atribuyendo a su vez al *delegado* la condición de «garante», que en caso de producirse un hecho delictivo, éste tendría responsabilidad a título de autor en comisión por omisión y el delegante la de partícipe en comisión por omisión.

<sup>370</sup> HAVA GARCÍA, E.: La imprudencia médica, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2001, p. 79, pone en duda dicha subordinación en referencia al médico jefe respecto de sus dirigidos.

<sup>371</sup> JORGE BARREIRO, A.: La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Ed. Tecnos, Madrid. 1990, p. 117.

no necesariamente en razón de la titulación académica o nivel de formación para determinar la división vertical de trabajo.

### 1.2.1. Delegación del trabajo

Entre los que afirman que la delegación es una modalidad propia de la división vertical de trabajo se encuentra JORGE BARREIRO considerándola como una «cooperación» de esta modalidad<sup>372</sup>. En contrario posturas más radicales como la de VILLACAMPA ESTIARTE, desconocen que la delegación tenga algún vínculo respecto de la división vertical de trabajo. La autora advierte sobre la imposibilidad de que la delegación hecha por el facultativo a un auxiliar pueda dar lugar al surgimiento de una relación jerárquica entre ambos; empero, surgirían una serie de deberes de control por parte del delegante si la actividad es efectivamente de aquellas ajenas a las que compete al no facultativo<sup>373</sup>. Así *v.gr.* “un especialista en anestesiología y reanimación puede delegar en un diplomado en enfermería cuando menos *de facto*, la vigilancia de un paciente que se encuentra en la sala del despertar, pero no por ello la relación profesional existente entre ambos, si no era jerárquica, se troca en tal.

Aun cuando el especialista sea jefe del servicio de anestesiología del centro sanitario no es superior jerárquico del diplomado en enfermería adscrito al servicio de cirugía. De la misma forma que tampoco puede afirmarse la concurrencia de una relación jerárquica entre un especialista adjunto al servicio y miembros del personal sanitario no facultativo del mismo servicio o unidad; y sí cabe afirmarla por el contrario, entre el jefe del servicio de pediatría de un centro y los especialistas médicos adscritos al mismo, pese que todos ellos

---

<sup>372</sup> *Ibíd.*, p. 116.

<sup>373</sup> En la jurisprudencia la STS de 7 de julio de 1993 (ROJ 14032/1993) (Pte. Moyna Ménguez) es tajante en condenar a una anestesista aclarando en dicho fallo sobre la imposibilidad de ausentarse del quirófano dejando a su ayudante una ATS, bajo la consideración de que dicho cometido es de su exclusiva incumbencia, «indelegable en el personal auxiliar no médico»; en este sentido, entre la jurisprudencia menor, la SJP Arrecife de 9 de julio de 2013 respecto a la fase postoperatoria “el cirujano deberá también dar las indicaciones y tomar los recaudos para la recuperación del paciente. Esta es una obligación indelegable”.

poseen la misma cualificación académica<sup>374</sup>; aspecto que relativamente es compartido por RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, quien sostiene que la existencia de cierto grado de delegación no implica hablar de una relación jerárquica; empero, materialmente el delegante estará obligado a vigilar y controlar el procedimiento del delegado<sup>375</sup>.

Cuestión de igual importancia pero distinta a la referida relación del binomio médico-enfermera (régimen vertical de trabajo) es el caso del Médico Interno Residente (MIR)<sup>376</sup>, considerada por ciertos autores como propia de la división vertical de trabajo en grupo<sup>377</sup>.

<sup>374</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C.: Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales, Ed. Aranzadi, Navarra. 2003, p. 156, la autora afirma: "Una cosa es el ejercicio de competencias propias por parte de diversos profesionales, y otra bien distinta es la virtualidad que sobre el control de la actividad de éstos suponga la existencia de relaciones jerárquicas".

<sup>375</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p. 197.

<sup>376</sup> La plena integración del MIR en el funcionamiento ordinario del centro hospitalario conforme la asunción progresiva de sus funciones y la responsabilidad a la sombra de su tutor, es perfectamente viable. Encuentra su regulación en el apartado d) de la Ley 44/2003 de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, BOE., de 22 de noviembre de 2003, núm. 280, la que dispone: "Los residentes deberán desarrollar, de forma programada y tutelada, las actividades previstas en el programa, asumiendo de forma progresiva, según avancen en su formación, las actividades y responsabilidad propia del ejercicio autónomo de la especialidad".

<sup>377</sup> Si nos atenemos a las disposiciones del RD 183/2008 de 8 de febrero, comprobaremos que la relación vertical de trabajo entre el MIR y su tutor –médico– es inminente. Así, el art. 11. "*El tutor. Concepto, funciones y nombramiento*. 1. El tutor es el profesional especialista en servicio activo que, estando acreditado como tal, tiene la misión de planificar y colaborar activamente en el aprendizaje de los conocimientos, habilidades y actitudes del residente a fin de garantizar el cumplimiento del programa formativo de la especialidad de que se trate. El perfil profesional del tutor se adecuará al perfil profesional diseñado por el programa formativo de la correspondiente especialidad. El tutor es el primer responsable del proceso de enseñanza-aprendizaje del residente, por lo que mantendrá con este un contacto continuo y estructurado, cualquiera que sea el dispositivo de la unidad docente en el que se desarrolle el proceso formativo. Asimismo, el tutor, con la finalidad de seguir dicho proceso de aprendizaje, mantendrá entrevistas periódicas con otros tutores y profesionales que intervengan en la formación del residente, con los que analizará el proceso continuado de aprendizaje y los correspondientes informes de evaluación formativa que incluirán los de las rotaciones realizadas. 2. Las principales funciones del tutor son las de planificar, gestionar, supervisar y evaluar todo el proceso de formación, proponiendo, cuando proceda, medidas de mejora en la impartición del programa y favoreciendo el autoaprendizaje, la asunción progresiva de responsabilidades y la capacidad investigadora del residente. Los tutores de cada especialidad propondrán la guía o itinerario formativo tipo de la misma, que aprobará la comisión de docencia con sujeción a las previsiones del correspondiente programa. La mencionada guía, que será aplicable a todos los residentes de la especialidad que se formen en la unidad docente de que se trate, se entenderá sin perjuicio de su adaptación al plan individual de formación de cada residente, elaborado por el tutor en coordinación con los responsables de los dispositivos asistenciales y demás tutores de residentes que se formen en el centro o

Sobre este aspecto, HAVA GARCÍA sostiene que la actuación del MIR se efectúa a través del sistema de asistencia tutelada dependiente del responsable de la Unidad a la cual se halla adscrito, surgiendo de esta manera tareas de observancia de deberes secundarios<sup>378</sup> (supervisión y vigilancia) o lo que SILVA SÁNCHEZ denomina «competencias residuales»<sup>379</sup> por parte del médico tutor (médico adjunto, jefe de sección o jefe de servicio) no pudiendo

---

unidad docente. 3. El tutor, que, salvo causa justificada o situaciones específicas derivadas de la incorporación de criterios de troncalidad en la formación de especialistas, será el mismo durante todo el período formativo, tendrá asignados hasta un máximo de cinco residentes. 4. Las comunidades autónomas adoptarán las medidas necesarias para asegurar una adecuada dedicación de los tutores a su actividad docente, ya sea dentro o fuera de la jornada ordinaria. 5. El nombramiento del tutor se efectuará por el procedimiento que determine cada comunidad autónoma, con sujeción a los criterios generales que en su caso apruebe la Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud, entre profesionales previamente acreditados que presten servicios en los distintos dispositivos integrados en el centro o unidad docente y que ostenten el título de especialista que proceda.”; y, art. 15. *“La responsabilidad progresiva del residente.* 1. El sistema de residencia al que se refiere el artículo 20 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, implica la prestación profesional de servicios por parte de los titulados universitarios que cursan los programas oficiales de las distintas especialidades en Ciencias de la Salud. Dicho sistema formativo implicará la asunción progresiva de responsabilidades en la especialidad que se esté cursando y un nivel decreciente de supervisión, a medida que se avanza en la adquisición de las competencias previstas en el programa formativo, hasta alcanzar el grado de responsabilidad inherente al ejercicio autónomo de la profesión sanitaria de especialista. 2. En aplicación del principio rector que se establece en el artículo anterior, los residentes se someterán a las indicaciones de los especialistas que presten servicios en los distintos dispositivos del centro o unidad, sin perjuicio de plantear a dichos especialistas y a sus tutores cuantas cuestiones se susciten como consecuencia de dicha relación. 3. La supervisión de residentes de primer año será de presencia física y se llevará a cabo por los profesionales que presten servicios en los distintos dispositivos del centro o unidad por los que el personal en formación esté rotando o prestando servicios de atención continuada. Los mencionados especialistas visarán por escrito las altas, bajas y demás documentos relativos a las actividades asistenciales en las que intervengan los residentes de primer año. Las previsiones contenidas en este apartado se adaptarán a las circunstancias específicas de supervisión en las especialidades cuya duración sea de un año. 4. La supervisión decreciente de los residentes a partir del segundo año de formación tendrá carácter progresivo. A estos efectos, el tutor del residente podrá impartir, tanto a este como a los especialistas que presten servicios en los distintos dispositivos del centro o unidad, instrucciones específicas sobre el grado de responsabilidad de los residentes a su cargo, según las características de la especialidad y el proceso individual de adquisición de competencias. En todo caso, el residente, que tiene derecho a conocer a los profesionales presentes en la unidad en la que preste servicios, podrá recurrir y consultar a los mismos cuando lo considere necesario. 5. Las comisiones de docencia elaborarán protocolos escritos de actuación para graduar la supervisión de las actividades que lleven a cabo los residentes en áreas asistenciales significativas, con referencia especial al área de urgencias o cualesquiera otras que se consideren de interés. Dichos protocolos se elevarán a los órganos de dirección del correspondiente centro o unidad para que el jefe de estudios de formación especializada consensue con ellos su aplicación y revisión periódica.”

<sup>378</sup> Vid. HAVA GARCÍA, E.: La imprudencia médica, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2001, p. 84.

<sup>379</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.: Medicinas alternativas e imprudencia médica, Ed. Bosch, Barcelona. 1999, p. 29.

extenderse *ad infinitum*<sup>380</sup>. En este sentido, la actuación deliberada del médico en formación o MIR sin el consentimiento o supervisión del tutor a cargo, acarrearía responsabilidad unipersonal de éste; ejemplo de aquello es el supuesto en que la actuación de un MIR adscrito al servicio de anestesia y reanimación acaba siendo condenado por su «alto índice de atrevimiento e irreflexión»<sup>381</sup> al intervenir a una paciente a la que aplicó anestesia general careciendo del consentimiento y la supervisión de su tutor, pese a que la situación no revestía urgencia alguna de cuya irresponsable y defectuosa conducta devino las lesiones en la paciente.

Como se puede constatar, no existe acuerdo unánime para catalogar a la relación de trabajo como horizontal o vertical, sin embargo, como ha quedado señalado, si bien el criterio de la titulación cobra fuerza en la organización del personal sanitario dicha clasificación muchas de las veces subyace al organigrama interno del centro médico<sup>382</sup> de que se trate o a la normativa legal o reglamentaria estatal (susceptible de complemento por las Comunidades Autónomas) regulando las relaciones de los órganos superiores como la mantenida entre el director y el subdirector.

En relación al personal no facultativo (enfermeras, ATS, etc.) el asunto varía, resultando insuficiente la normativa que regula las relaciones entre aquellos. De ahí que se afirme que la organización de un centro sanitario se

---

<sup>380</sup> HAVA GARCÍA, E.: La imprudencia médica, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2001, p. 84.

<sup>381</sup> La STS de 28 de diciembre de 1990 (ROJ 9862/1990) (Pte. Soto Nieto) condena a un MIR por un delito de imprudencia temeraria con resultado de lesiones graves. Hay que destacar que su actuación como versa en el fallo se realiza sin que el tutor tenga conocimiento de la irresponsable actuación del MIR. No está por demás, recalcar que haber concurrido dicha intervención bajo la vigilancia del médico tutor, la responsabilidad por el resultado lesivo a efectos de autoría se extendería de igual forma a éste, conforme el apartado d) de la Ley 44/2003 de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, así como el art. 11 del RD 183/2008 de 8 de febrero.

<sup>382</sup> No obstante VILLACAMPA ESTIARTE, C.: Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales, Ed. Aranzadi, Navarra. 2003, p. 171, advierte que no existe un modelo unitario de organización al no existir normativa que regule un organigrama en las instituciones privadas. En el ámbito público las estructuras hospitalarias gestionadas por INSALUD, que al margen de algunas indicaciones esenciales contenidas en la Ley 37/1962, BOE núm. 102 de 29 de abril de 1986 de Hospitales, vendría establecida en el RD 521/1987 de 15 de abril, BOE núm. 91 de 16 de abril de 1987 que aprueba el Reglamento sobre estructura, organización y funcionamiento de los hospitales.

asimila a la que puede tener una estructura de tipo empresarial<sup>383</sup>, adoptando un modelo piramidal *scil.*: máximos organismos directivos, mandos medios, hasta operarios encargados de realizar las labores diarias; identificando una tendencia a la implementación de los “*riskmanagement*” o “estrategia de control de riesgos”<sup>384</sup>.

Independientemente de lo aseverado en líneas precedentes, conforme lo explica VILLACAMPA ESTIARTE, si bien al centro asistencial sanitario se lo puede considerar como una verdadera empresa de prestación de servicios<sup>385</sup>, la necesidad de diferenciarla de otras formaciones empresariales en el sector económico obedece a no tener que sacrificar un aceptable nivel de calidad en la prestación de los servicios a consecuencia del coste que esto pueda significar; procurando de esta manera establecer un equilibrio en este sentido<sup>386</sup>. Los criterios para poder determinar el régimen de división de trabajo no dejan de ser uniformes, por el contrario, como se ha constatado, se atribuye

---

<sup>383</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C.: Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales, Ed. Aranzadi, Navarra. 2003, p. 39.

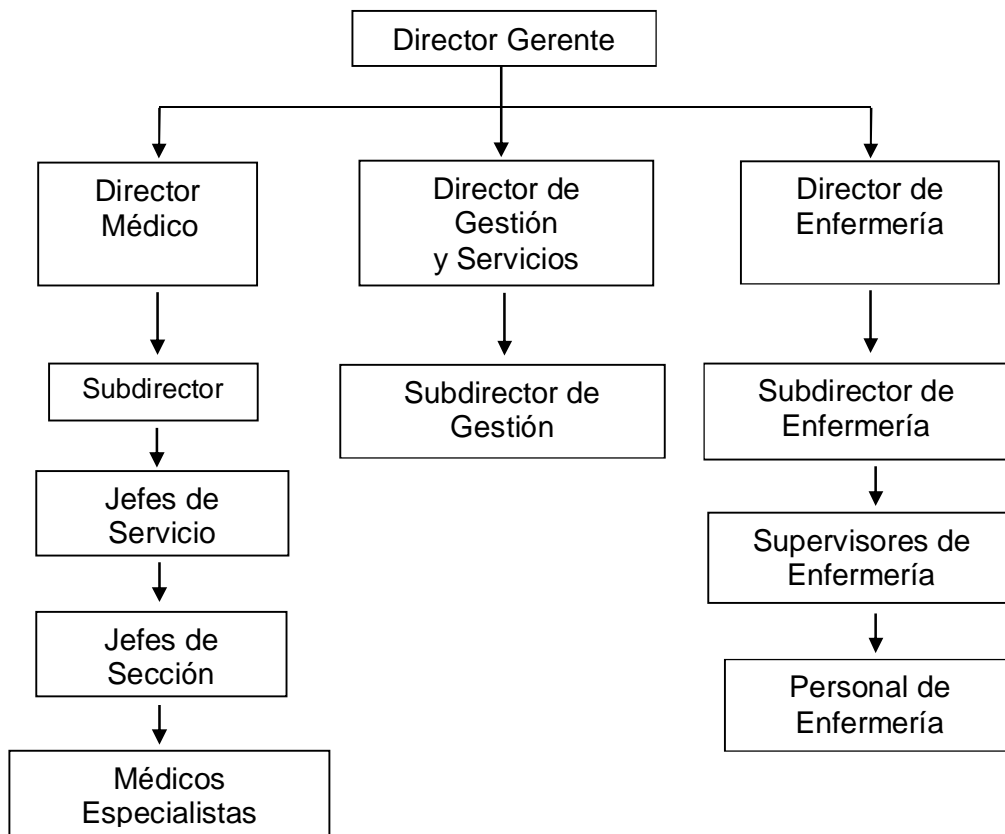
<sup>384</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p. 72, aclara que con esta expresión se denomina al “sistema de gestión de calidad que en las últimas décadas, y ante el incremento de reclamaciones y demandas, se crea y desarrolla en EEUU. Tiene como finalidad evaluar los actos médicos, determinar los posibles errores, proponer medidas globales para su corrección y posteriormente implementarlas. Pero también forman parte de esta estrategia todas las acciones que tienen que ver con el momento posterior al error. En estos casos la actuación va dirigida a la conciliación entre el paciente y el profesional o el centro clínico, tratando de evitar la demanda”.

<sup>385</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C.: Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales, Ed. Aranzadi, Navarra. 2003, p. 39: “las nuevas formas de practicar la medicina suponen una modificación de la salud, que pasa de ser producto individual a ser producto industrial, en el sentido de manufacturado por un gran número de trabajadores, a los que conciernen diversas funciones y diversos estadios de producción”. En este sentido, MARZAL FELICI, V.: (1990) *Riesgo quirúrgico y técnicas de gestión Administrativa. Ejemplo de aplicación ofimática* (Tesis Doctoral) t. I, Universidad Complutense de Madrid, p. 24 [Biblioteca de Tesis Doctorales y Publicaciones Académicas de la UCM] explica: “El Hospital se conceptúa actualmente como una empresa de servicios en donde un conjunto de trabajadores de diferentes gradaciones y funciones cumplen el objetivo productivo de integrar a la sociedad personas con defectos de salud y por ello sin capacidad temporal de actividad social. Este podría ser un concepto mecanicista de Hospital”.

<sup>386</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C.: Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales, Ed. Aranzadi, Navarra. 2003, pp. 41 y s.

la división de trabajo en primera instancia a la formación académica<sup>387</sup>, conviviendo con ella el ámbito de las competencias y las tareas inherentes a cada sanitario. No obstante, la división del trabajo generalmente se halla organizada a través del organigrama funcional de cada institución. Así las cosas, la siguiente ilustración da muestra del prototipo de funcionamiento básico de organización en la división de trabajo de una entidad hospitalaria:

ESTRUCTURA HOSPITALARIA<sup>388</sup>



<sup>387</sup> Para muestra del predominio de la titulación, RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p. 209, clarifica: “no se encuentra ningún supuesto en el que el diplomado ocupe jerárquicamente una posición de dirección o control sobre el titulado de la medicina”.

<sup>388</sup> *Ibid.*, p. 200, sin embargo, cada centro médico establece una concreta organización en relación a los equipos quirúrgicos, equipos de urgencia o los equipos de atención primaria en los centros asistenciales.

Conforme el organigrama expuesto, se puede apreciar una de las formas de organización del personal sanitario en los hospitales. En consecuencia, a nuestro entender se estaría determinando dos aspectos: “jerarquía” y “competencia”, devenidos no necesariamente de la formación académica como se puede apreciar en el gráfico, sino más bien, en atención a la posición que se ostente en la organización propia de cada centro hospitalario. En consecuencia, la práctica médico-sanitaria es considerada por una parte de la doctrina como un trabajo en conjunto, donde el “acto médico” se lo realiza de forma “simultánea”<sup>389</sup> con un fin común: la sanidad del paciente, aspecto que deberá ser programado y planificado por el equipo de trabajo<sup>390</sup>.

Así las cosas, luego de haber examinado la funcionalidad de la división de trabajo, se considera que el punto de partida para la delimitación de la responsabilidad penal descansaría en principio en la distribución de tareas entre el médico y sus colaboradores<sup>391</sup>. Aspecto que entraña cierta dificultad en actividades que se realizan de forma conjunta como el ámbito que nos ocupa (médico-sanitario) pues como quedó indicado el injusto del delito culposos es un injusto personal. En este sentido, RODRÍGUEZ VÁZQUEZ destaca la importancia del principio de división de trabajo cumpliendo un papel trascendental como argumento de origen, en aras de establecer los respectivos deberes de cuidado en relación con la actividad en común, y con la intervención de otros en la misma. Dicho lo anterior ¿Qué responsabilidades y competencias tiene que asumir un sujeto respecto de terceros (deberes de elección, coordinación y comunicación, control y vigilancia). ¿A quién le corresponden estos deberes cuando se trabaja en equipo? En procura de dar contestación, este autor se fundamenta en la formación académica acentuando

<sup>389</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p. 41.

<sup>390</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p. 188, hace una distinción entre trabajo en grupo y trabajo en equipo, considerando al término «grupo» como el conjunto de personas que interviene simultánea o sucesivamente en la atención de un paciente, exista o no una coordinación entre ellas. En este sentido, *vid.* VILLACAMPA ESTIARTE, C.: Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales, Ed. Aranzadi, Navarra. 2003, p. 40.

<sup>391</sup> ROMEO CASABONA, C.: El Médico y el Derecho Penal, Ed. Bosch, t. I, Barcelona. 1981, p. 250.

su afirmación en la superioridad jerárquica de los facultativos respecto de los que no lo son. De igual manera se utilizan razones materiales al existir cierta posibilidad que pese a igual formación pueda concurrir una distinción de posiciones en mérito a nombramientos en el organigrama<sup>392</sup>.

Pese a lo indicado, es importante considerar que fácticamente si bien es cierto que la organización del personal quirúrgico en muchos de los casos se la realiza conforme a cada centro asistencial, no es menos cierto que es necesario tomar en cuenta la normativa vigente a efectos de garantizar la seguridad jurídica, ya que por muy autónoma que sea la enfermera en sus labores de curación en casos de normal funcionamiento, tendrá que haber un médico que en primer lugar examine al paciente, diagnostique y determine el tratamiento en procura de evitar relaciones de horizontalidad entre personal con diferente cualificación, viciadas y fraudulentas<sup>393</sup>. Conforme lo indicado, se establece una relación de verticalidad aparente (entre el facultativo y no facultativo) que en todo caso no significaría hacer responsable de forma automática al médico de todos los errores que cometa el enfermero, ni que el titulado superior deba vigilar y controlar todos y cada uno de los movimientos del inferior<sup>394</sup>; cuestión que será analizada *infra* en el tratamiento del principio de confianza.

## 2. El principio de confianza

### 2.1. Antecedentes

El principio de confianza<sup>395</sup> (*Vertrauensgrundsatz*) o tal como refiere KAMPS: principio de confianza en la organización (*Prinzip des*

---

<sup>392</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p. 215.

<sup>393</sup> *Ibid.*, p. 211.

<sup>394</sup> *Ibid.*, p. 213.

<sup>395</sup> Entre la jurisprudencia menor tomando en consideración este principio como criterio dogmático en aras de delimitar las responsabilidades en el trabajo grupal en el ámbito médico-sanitario (la sentencia hace referencia específicamente al ámbito de la cirugía) la SAP de Toledo de 26 de abril de 2004 (ROJ 407/2004) (Pte. Gutiérrez Sánchez-Caro) señala, en “la dogmática penal ha encontrado y postulado ciertos criterio que permiten tal separación de

*Organisationsvertrauens*) encuentra su origen en Alemania, concretamente en el ámbito del Derecho penal de la circulación<sup>396</sup>. Esto sobre la necesidad de posibilitar el tráfico automovilístico, puesto que antes de la utilización generalizada de vehículos a motor se partía de que cada uno de los intervinientes en el tráfico motorizado debía contar con la conducta imprudente de los demás<sup>397</sup>. Así, PUPPE, explica que el principio de confianza “cuenta con todos los factores de peligro que, según la experiencia, puedan surgir”<sup>398</sup>. Consecuentemente, en su forma más general, se afirma que quien se comporta debidamente en la circulación puede confiar en que otros también lo hagan, siempre y cuando no existan indicios concretos para suponer lo contrario<sup>399</sup>.

---

responsabilidades de los intervinientes [...] que se desarrolla en régimen de equipo, tales principios o criterios son: el principio de confianza y el principio de división del trabajo”.

<sup>396</sup> GÓMEZ RIVERO, M.<sup>a</sup> C.: La responsabilidad Penal del Médico, 2.<sup>a</sup> edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2008, p. 400. Al respecto, MARAVER GÓMEZ, M.: El principio de confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva, Ed. Civitas, Pamplona. 2009, p. 36. “En Alemania, a principios del siglo XX, cuando se empezaba a desarrollar el tráfico motorizado y se consideraba que el automóvil era ante todo un instrumento peligroso para la seguridad del tráfico, los tribunales se mostraban particularmente exigentes con respecto a las medidas de cuidado que debían adoptar los conductores de automóviles. Según el *Reichsgericht*, no sólo debían estar pendientes en todo momento de los obstáculos de la carretera, sino que además debían contar con las posibles conductas incorrectas de los demás participantes del tráfico, incluidas, por ejemplo, las extrañas maniobras que pudieran realizar los otros conductores al ser adelantados o las invasiones repentinas de la calzada que pudieran llevar a cabo los peatones despistados”.

<sup>397</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C.: Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales, Ed. Aranzadi, Navarra. 2003, p. 139.

<sup>398</sup> PUPPE, I.: “División del trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica” en *Revista InDret*, Octubre\_2006, Barcelona, p. 3. En el ámbito del trabajo ARROYO ZAPATERO, L.: La protección penal de la Seguridad en el Trabajo, Ed. Servicio Social de Higiene y Seguridad del Trabajo, Madrid. 1981, p. 182, explica que “el empresario no debe confiar en la realización cuidadosa del trabajo, por el contrario, debe «desconfiar» de que el trabajador sea prudente [...] Las medidas de seguridad a adoptar y el grado de vigilancia a prestar deben tender a asegurar al trabajador frente a sus propias imprudencias”. En este sentido CORCOY BIDASOLO, M.: El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado, Ed. Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona. 1989, p. 332.

Al referirse a la inversión del principio de confianza explica que “los niños, disminuidos físicos o psíquicos y ancianos (a los que en Alemania se unen, en ocasiones, ciclistas y peatones) son los únicos que pueden acogerse al principio de confianza. Todos los otros intervinientes tienen que contar con que los demás pueden infringir las normas del tráfico”.

<sup>399</sup> ROXIN, C.: Derecho Penal. *PG*, t. I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito, trad. de la 2.<sup>a</sup> edición alemana y notas por LUZÓN PEÑA, D., GARCÍA CONLLEDO, M. y DE VICENTE REMESAL, J., Ed. Civitas, Madrid. 1997, p. 1004. En la jurisprudencia, la STS de 23 de abril de 1992 (ROJ 20999) (Pte. Bacigalupo Zapater) conocida como «el caso de la colza», en referencia al principio de confianza, explica: “...un comportamiento conforme al cuidado exigido autoriza a suponer que otros partícipes del tráfico se comportarán de acuerdo con las obligaciones de cuidado que les incumben, sin que tal suposición implique, por sí misma, una infracción del deber de cuidado”. También CEREZO MIR, J.: Curso de Derecho penal español.

Principio este de confianza que según GÓMEZ RIVERO<sup>400</sup>, fue GÜLDE en 1938, el pionero en emplearlo respecto al ámbito automovilístico. Sin embargo matizando esta afirmación, se sostiene que ya EXNER lo había tratado en 1930, al verificar que en el ámbito médico como en el tráfico viario la frecuencia de resultados lesivos se producía por la actuación conjunta de varias personas<sup>401</sup>, proponiendo un criterio de solución basado en la confianza con carácter general; principio que para JESCHECK y WEIGEND, se trataría de “una regla complementaria de origen consuetudinario que rige el tráfico viario”<sup>402</sup>.

De esta manera como ha quedado anotado, si bien el principio de confianza tiene su origen en el ámbito vial, su evolución ha hecho que se extienda a otros sectores de actividad como procesos productivos, organizaciones empresariales, alcanzando ámbitos como la construcción y el médico-sanitario. Así, el principio de confianza llega a tener injerencia en el ámbito médico-sanitario, cuando la medicina empieza a practicarse en grupo y

---

Parte General, 6.<sup>a</sup> edición. t. II, Ed. Tecnos, Madrid, 1998, p. 170 “Un conductor puede confiar en que todas las demás personas que participen en el tráfico (conductores y peatones), observen el cuidado objetivamente debido mientras que por las circunstancias del caso concreto no tenga motivos para pensar lo contrario (porque el peatón u otro conductor inicie o parezca disponerse a realizar una acción que no responda al cuidado objetivamente debido, o se trate de un anciano, una persona ebria, o un menos, por ejemplo)”. MARAVER GÓMEZ, M.: El principio de confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva, Ed. Civitas, Pamplona. 2009, p. 104, hace referencia a la siempre influyente jurisprudencia alemana reconociendo por primera vez el principio de confianza en la sentencia del BHG de 1980, analizando la responsabilidad del anestesista que no había supervisado las informaciones dadas por el cirujano acerca del estado del paciente, en la parte que nos interesa, hacer constar “en la actividad médica realizada conjuntamente debe tener aplicación el principio de confianza, según el cual, en interés de un buen desarrollo de la operación, los distintos médicos participantes pueden confiar, por lo general, en la correcta actuación de sus colegas”.

<sup>400</sup> GÓMEZ RIVERO, M.<sup>a</sup> C.: La responsabilidad Penal del Médico, 2.<sup>a</sup> edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2008, p. 401.

<sup>401</sup> MARAVER GÓMEZ, M.: El principio de confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva, Ed. Civitas, Pamplona. 2009, pp. 99 y s.; GÓMEZ RIVERO, M.<sup>a</sup> C.: La responsabilidad Penal del Médico, 2.<sup>a</sup> edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2008, n. 153, p. 401, señala que a EXNER quien a inicios del siglo XX formuló los primeros supuestos dando relevancia al principio de confianza.

<sup>402</sup> JESCHECK, H. y WEIGEND, T.: Tratado de Derecho Penal. PG, trad. OLMEDO CARDENETE, Miguel, 5.<sup>a</sup> edición, Ed. Comares, Granada. 2002, p. 626.

en equipo<sup>403</sup> como instrumento restrictivo de los deberes objetivos de diligencia, delimitando la responsabilidad imprudente de cada interviniente<sup>404</sup>. No obstante, en determinados ámbitos sociales la peligrosidad o lesividad de las conductas asumidas por el ordenamiento jurídico depende no sólo de la persona que las realiza, sino también del comportamiento de otras personas<sup>405</sup>.

Así las cosas, un nutrido grupo de autores entienden el principio de confianza sobre la base de que cada persona puede y tiene que confiar en que la actuación de sus compañeros será la correcta; sólo cuando existan motivos fundados para desconfiar de la conducta de terceros, deberá dejar de invocarse dicha presunción por el resto de los intervinientes<sup>406</sup>. Pese a ello, PIÑA ROCHEFORT argumenta que “no se trata de saber algo que haga o no haga dejar de confiar, sino simplemente de si se debe o no desconfiar”<sup>407</sup>. De igual manera la no menos importante apreciación de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, resulta ser bastante convincente al precisar que “todo ciudadano, por el hecho de vivir en un Estado de Derecho, puede confiar normativamente en que la actuación de los demás conciudadanos, que también son, pues, parte del mismo Estado de Derecho, va a desarrollarse sin incidir en

<sup>403</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p. 219.

<sup>404</sup> JORGE BARREIRO, A.: La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Ed. Tecnos, Madrid. 1990, p. 117.

<sup>405</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: Homicidio y lesiones imprudentes: Requisitos y límites materiales, Ed. Edijus, Zaragoza. 1999, pp. 225 y 227, “por ejemplo, la peligrosidad o lesividad derivada de conducir un automóvil no depende sólo de como uno conduzca sino de cómo se comporten los otros participantes en el tráfico rodado”.

<sup>406</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p. 216. El principio de confianza es tratado con diversas formulaciones y en distintas actividades. De manera general *vid.*, VILLACAMPA ESTIARTE, C.: Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales, Ed. Aranzadi, Navarra. 2003, p. 147; *vid.*, ROMEO CASABONA, C.: El Médico y el Derecho Penal, Ed. Bosch, t. I, Barcelona. 1981, p. 248; FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: Homicidio y lesiones imprudentes: Requisitos y límites materiales, Ed. Edijus, Zaragoza. 1999, p. 228. En relación con el tráfico viario *vid.*, CORCOY BIDASOLO, M.: El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado, Ed. Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona. 1989, p. 327; LUZÓN PEÑA, D.: Lecciones de Derecho penal. PG, 3.ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2016, p. 286. En relación al ámbito médico-sanitario *vid.*, JORGE BARREIRO, A.: La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Ed. Tecnos, Madrid. 1990, p. 119; CHOCLÁN MONTALVO, J.: Deber de cuidado y delito imprudente, Ed. Bosch, Barcelona. 1998, p. 112; HAVA GARCÍA, E.: La imprudencia médica, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2001, p. 78.

<sup>407</sup> PIÑA ROCHEFORT, J.: Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del Derecho penal, Ed. Bosch, Barcelona, 2005, p.383.

un ámbito de tipicidad penal [...] se trata de una confianza normativa, y no meramente fáctica. Ello significa que el sujeto puede y debe confiar en Derecho, y que no le son imputados resultados dañosos por el hecho de no haber adoptado medidas de precaución para evitarlos, aun cuando, fácticamente, todo el mundo sabe que se cometen delitos, que hay terceros que se aprovechan de situaciones o contextos para fines ilícitos, etc., y, por tanto, desde ese punto de vista meramente fáctico, quizás sí hubiesen sido imaginables medidas de precaución”<sup>408</sup>.

## 2.2. El principio de confianza en el ámbito médico-sanitario

Luego de que la jurisprudencia alemana a mediados del siglo XX aceptase el principio de confianza en el tráfico vial, en un ejercicio comparativo respecto del conductor que causa un accidente por la actuación incorrecta de un tercero o de la propia víctima, se propone la aplicación de este principio en el ámbito médico. Es así que entre varios autores, ENGLISH trata la responsabilidad penal del cirujano por errores de la enfermera centrando esta problemática en determinar “la responsabilidad de un sujeto por una conducta que cusa el resultado lesivo en conexión con la conducta incorrecta de una tercera persona”, para lo cual se toma en consideración el principio de división

---

<sup>408</sup> SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: “Blanqueo de capitales y abogacía”, en *Revista InDret*, Enero\_2008, Barcelona. p. 17. Evidenciando el funcionamiento del principio de confianza en el campo viario GUANES NICOLI, M.: El delito de conducción temeraria. Análisis de la situación jurisprudencial, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid. 2012, p. 143, ejemplifica este cuestión con el conductor que en una avenida se aproxima con su coche a un cruce, y el semáforo, en verde, le da paso, puede y hasta debe confiar (lo contrario conduciría al caos circulatorio), normativamente, en que los conductores de los vehículos que acceden a la intersección por la vía transversal, y que tienen a su vez, naturalmente, el semáforo en rojo, lo respetarán. En caso de producirse un accidente, los resultados lesivos no son imputados la conductor que circulaba por la vía principal con semáforo en verde, aun cuando no haya tomado medida precautoria alguna al llegar al cruce, pues podía confiar normativamente en dicho respecto de las normas por parte de los otros conductores. A pesar de que se sabe que hay conductores que no respetan los semáforos y que se producen accidentes, que hay “puntos negros” (desconfianza fáctica), no es imputable al conductor que así se comporta, en modo alguno, el resultado lesivo que pueda producirse, aun cuando no hubiera tomado medida precautoria alguna, como reducir la velocidad, tomar, el carril más alejado del inicio de la intersección u otras. Con este ejemplo se explica de manera clara la trascendencia del principio de confianza en el ámbito de la circulación rodada, instituto éste que cumple una función limitadora ya en el ámbito de la tipicidad y que se corresponde con la normativización que afecta a la imputación objetiva de resultados penales relevantes.

de trabajo<sup>409</sup>. En el ámbito médico-sanitario la aplicación del principio de confianza<sup>410</sup> faculta a que el profesional sanitario pueda “confiar en que sus colaboradores actuarán cuidadosamente en la ejecución de los cometidos transferidos a ellos cuando se hallan correspondientemente preparados y adiestrados y son supervisados en general dentro de unos límites razonables”<sup>411</sup>, tiene como quedó anotado *supra* sus antecedentes con EXNER motivado por los frecuentes resultados lesivos producto de la actuación conjunta de varias personas, e inclusive antes de que la jurisprudencia alemana empiece a aplicar este principio en el tráfico viario. De esta manera, independientemente de que ciertas actividades sean producto del trabajo en conjunto bajo un común acuerdo “lo importante es saber en qué medida la conducta del sujeto es capaz de producir el resultado por sí sola. Si, desde un punto de vista *ex ante*, la conducta del sujeto constituye un riesgo que se sale

<sup>409</sup> MARAVER GÓMEZ, M.: El principio de confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva, Ed. Civitas, Pamplona. 2009, pp. 100 y s., al respecto anota el autor “respecto a la responsabilidad del médico, ENGISCH consideraba que este problema no puede resolverse sin tener en cuenta la división del trabajo que se produce necesariamente en el ámbito de la medicina”.

<sup>410</sup> Siendo pocos los casos en que la jurisprudencia ha aplicado el principio de confianza en el ámbito médico, una de las primeras en hacer referencia a la posibilidad de aplicar este principio en la medicina es la STS de 10 de octubre de 1979 (ROJ 3982/1979) (Pte. Gómez de Liaño Cobaleda) “Que aun reconociendo, que la previsibilidad del evento o riesgo es de tal magnitud en el campo de la cirugía que hace disminuir su operatividad en la determinación de la imprudencia y que el principio de confianza, basado en el normal comportamiento de las demás personas que intervienen en la misma actividad, igualmente disminuye la intensidad de la diligencia que se ha de tener en actos extraños al específico que cada interviniente tiene que realizar”; STS de 8 de junio de 1981 (ROJ 4312/1981) (Pte. Huerta y Álvarez de Lara) “...y al no hacerlo así quebrantó los deberes de diligencia que la “lex artis” y hasta el conocimiento vulgar exigía ante herida producida del modo y circunstancias que anteriormente se relata, dando lugar con tal conducta, digna de reproche, pues no le puede exculpar el exceso de confianza en los demás facultativos que anteriormente habían atendido al herido”; “STS de 11 de junio de 1982 (ROJ 271/1982) (Pte. Huerta y Álvarez de Lara) “...y desde el momento en que le fue entregada por el Servicio de Hematología la sangre de dicha, el Anestesiista no tenía por qué «cerciorarse de que se hubiese hecho recomprobación del grupo o prueba cruzada», porque en virtud de los principios de división del trabajo y confianza, podía y tenía que presuponer que tal comprobación se había hecho, bien mediante un nuevo análisis o bien consultando la ficha del paciente que se conservaba en el Banco de Sangre”; STS de 5 de abril de 1995 (ROJ 2013/1995) (Pte. Moyna Ménguez) “...puesto que todo descansa en la confianza de que, en la esfera de la función, cada uno cumplirá con su deber, y basta con que falle una pieza del sistema, como en el caso de autos, para que se produzca un resultado, por supuesto no querido, pero grave y de lamentables consecuencias”; STS de 13 de noviembre de 2003 (ROJ 7144/2003) (Pte. Andrés Ibáñez) “...lo normal es que la relación entre ambos profesionales respondiera al principio de confianza que suele imperar en esa clase de contactos”.

<sup>411</sup> De esta forma conceptúa el principio de confianza ROMEO CASABONA, C.: El Médico y el Derecho Penal, Ed. Bosch, t. I, Barcelona. 1981, p. 249.

de lo normal y no requiere la intervención del tercero para producir el resultado lesivo, podrá castigarse por imprudencia con independencia de la responsabilidad en la que incurra a su vez el tercero. En cambio, si la conducta del sujeto representa un riesgo normal o típico y sólo resulta peligrosa en la medida en que se produzca la conducta imprudente de un tercero, se podrá limitar el deber del sujeto de prever esa conducta del tercero, admitiendo que *el sujeto que se comporta correctamente puede contar con que los demás hagan también lo mismo*<sup>412</sup>.

Pese a lo anterior, es SCHMIDT quien analiza de forma particular la problemática jurídica-penal de la actuación conjunta de varias personas en la actividad médica, se cuestiona si la responsabilidad por imprudencia del médico debe abarcar los errores de sus colaboradores. Al respecto, el autor concluye que no cabría tal posibilidad, pues el hecho de acudir a un tercero para efectuar determinada tarea no implica una extensión de su responsabilidad por la imprudencia de un tercero, a menos que se tenga la posibilidad de controlar dicha conducta y se cometa un error en la tarea de supervisión, *v.gr.* el supuesto del médico y el farmacéutico suficientemente capacitados<sup>413</sup>. Tomando en cuenta lo dicho en líneas precedentes, SCHMIDT asevera que lo decisivo es el reconocimiento de la posibilidad de confiar en que el tercero cumpla su deber de una forma adecuada<sup>414</sup> y no si la conducta del médico representa en sí misma un riesgo normal o típico; en otras palabras, se trata de ponderar si se puede o no confiar en la persona con la que se interactúa<sup>415</sup>, siempre que esa confianza no se llegue a cuestionar prevalido de la experiencia o por especiales conocimientos<sup>416</sup>.

---

<sup>412</sup> MARAVER GÓMEZ, M.: El principio de confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva, Ed. Civitas, Pamplona. 2009, p.100.

<sup>413</sup> *Ídem*.

<sup>414</sup> SCHMIDT, cit. en MARAVER GÓMEZ, M.: El principio de confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva, Ed. Civitas, Pamplona. 2009, p.100.

<sup>415</sup> PIÑA ROCHEFORT, J.: Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del Derecho penal, Ed. Bosch, Barcelona, 2005, p. 383, este autor contrario a la posición asumida por la mayoría de la doctrina, respecto de que se ha de dejar de desconfiar cuando aparezcan motivos para hacerlo; argumentando que ello "implicaría determinar en qué momento se hace relevante jurídicamente aquello que el sujeto sabe". Así, el médico puede

### 2.3. La transposición del principio de confianza del tráfico viario al ámbito médico: criterios de incompatibilidad

La división del trabajo no solo que posibilita la ayuda de otras personas, también permite que se pueda tener cierta *confianza* en las mismas; pues de no ser así, la obligación de supervisión del médico haría inútil esta modalidad de organización, imposibilitando, o por lo menos, haciendo más complicada la concentración del profesional respecto de su cometido lo que pueda significar que los colaboradores tras sentirse controlados reduzcan su nivel de atención. Matizando esta percepción, ENGLISH señala, una vez que el médico haya hecho la selección de sus colaboradores (conforme la formación y la comprensión de las instrucciones pertinentes) le estará permitido confiar en la correcta actuación de los mismos, pues como lo sostiene PIÑA ROCHEFORT, “el principio de confianza se encuentra enraizado en la constitución misma de la sociedad, no pudiendo ser desconocido en ninguna de sus operaciones”<sup>417</sup>.

De lo señalado en líneas anteriores, hay quienes están en desacuerdo con un principio de confianza de carácter general, es más, algunos autores consideran de precipitado el hecho de transponer automáticamente este principio cuyo origen y diseño en su momento estuvo pensado para el tráfico viario; esto por varias razones “*En primer lugar*, la base de la confianza no es la misma porque no existe una regulación normativa que identifique claramente los deberes que tienen los distintos intervinientes. Se plantea así la necesidad de realizar un análisis particularizado de la situación para saber cómo se produce el reparto de tareas. *En segundo lugar*, los sujetos que participan en la actividad médica persiguen un objetivo común el cual es la curación del paciente. Generándoles de esta forma un especial deber de actuación cuando tienen claros indicios sobre la posible conducta incorrecta de un tercero. *En tercer lugar*, el trabajo en equipo implica normalmente un mayor conocimiento

---

confiar en que la enfermera encargada ha esterilizado el material quirúrgico, o el conductor que los frenos del vehículo recién salido del taller funcionarán correctamente.

<sup>416</sup> MARAVER GÓMEZ, M.: El principio de confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva, Ed. Civitas, Pamplona. 2009, p. 100

<sup>417</sup> PIÑA ROCHEFORT, J.: Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del Derecho penal, Ed. Bosch, Barcelona, 2005, p. 382.

sobre la cualificación o aptitud del tercero y una mayor posibilidad de reacción ante los errores del otro sujeto con el que se interactúa; por lo que es más frecuente que se vea limitada la posibilidad de confiar. *En cuarto lugar*, la especial relación existente entre el médico y los miembros del equipo puede generar ciertos deberes como los de: selección, formación, coordinación, control o supervisión, pudiendo limitar el alcance del principio de confianza de manera especial tratándose del régimen de división vertical del trabajo en donde coexiste una relación de subordinación entre los distintos intervinientes<sup>418</sup>.

FIESER, en el sentido anterior, destaca algunas diferencias: “1) en el Derecho de la circulación se dan procesos causales independientes y sin conexión previa entre los intervinientes, mientras que en el tratamiento médico curativo cada uno de los partícipes coopera conscientemente en un determinado plan o proyecto; y 2) en el Derecho de la circulación, en tanto que los intervinientes son desconocidos entre sí<sup>419</sup>, el principio de confianza estará condicionado a la experiencia general de que «el otro» (u «otros») se comportará reglamentariamente, pero en el ejercicio de la medicina el cirujano o el anestesista conoce a sus colaboradores y la confianza que aquéllos otorguen a éstos estará relacionada con el grado de conocimiento que el médico tenga del personal sanitario colaborador o auxiliar<sup>420</sup>. En esta línea argumentativa, VILLACAMPA ESTIARTE explica algunos razonamientos por los que de igual forma considera inviable la directa traslación del principio de confianza al ámbito médico, a saber: a) la existencia de normas disciplinadoras de la actividad dota a la confianza de un base normativa de la que carece el ámbito médico; b) en el tráfico rodado los actuantes no tienen finalidad común, mientras que en el ámbito médico sus funciones se encaminan a un mismo fin

<sup>418</sup> MARAVER GÓMEZ, M.: El principio de confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva, Ed. Civitas, Pamplona. 2009, pp. 104 y s.

<sup>419</sup> No obstante, FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: Homicidio y lesiones imprudentes: Requisitos y límites materiales, Ed. Edijus, Zaragoza. 1999, p. 231, explica la viabilidad de la aplicación del principio de confianza no solo en los contactos anónimos, sino también posibilita organizar una tarea común. Por lo que entendemos que el autor incluye la relación entre personas con una misma finalidad, o por lo menos conocidas.

<sup>420</sup> FIESER, cit. en JORGE BARREIRO, A.: La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Ed. Tecnos, Madrid. 1990, p. 120.

–tratamiento y la eventual curación–; c) las relaciones en el tráfico rodado siempre se dan entre iguales, situación que no siempre se puede predicar en el ámbito médico-sanitario; y, d) el factor tiempo incide notablemente en el ámbito vial. De esta manera, el interviniente suele tener muy poco tiempo, forzando a tomar decisiones apresuradas y repentinas, lo que generalmente no ocurre en el ámbito médico<sup>421</sup>; si embrago, la diferencia más importante estriba en que mientras en el tráfico rodado la interacción es entre extraños, en el ámbito médico la relación profesional se desarrolla entre personas conocidas<sup>422</sup>.

Más allá de los razonamientos antes expuestos en los que se manifiesta la dificultad de la directa aplicación del principio de confianza en el ámbito médico, posiciones a favor de esta posibilidad arguyen que dichas diferencias no autorizan para considerar que este principio tenga naturaleza distinta, ya que de existir tales incompatibilidades serían de «orden cuantitativo», condicionando de esta manera a una mayor o menor aplicación del principio en función de los presupuestos que le son propios<sup>423</sup>; eso sí, la aplicación de este principio se realizará junto con sus propias limitaciones a todos los supuestos en los que exista división de trabajo; en el ámbito de nuestro estudio, a los hechos en los que el médico se sirve de la ayuda de un tercero<sup>424</sup>.

Previendo la importancia del principio de confianza, otro de los que resalta la importancia del principio de confianza en el trabajo realizado en grupo es PUPPE, afirmando que “sin el principio de confianza, los que intervienen en un trabajo en equipo no podrían exonerarse recíprocamente de responsabilidad y, por tanto, ya no podrían cumplir sus tareas propias con la diligencia

---

<sup>421</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C.: Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales, Ed. Aranzadi, Navarra. 2003, p. 142.

<sup>422</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p. 221. En favor de la viabilidad para aplicar el principio de confianza en el ámbito médico, *vid.* CHOCLÁN MONTALVO, J.: Deber de cuidado y delito imprudente, Ed. Bosch, Barcelona. 1998, p. 188.

<sup>423</sup> MARAVER GÓMEZ, M.: El principio de confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva, Ed. Civitas, Pamplona. 2009, p. 105.

<sup>424</sup> MARAVER GÓMEZ, M.: El principio de confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva, Ed. Civitas, Pamplona. 2009, p. 101.

necesaria”<sup>425</sup>, sin que ello represente exonerar a ningún interviniente por una conducta imprudente. Por el contrario, conforme lo explica JORGE BARREIRO, la utilidad del principio de confianza radica en “fijar el ámbito de competencias y la diferenciación de sus deberes de diligencia, y, por tanto hacer posible la delimitación de su posible responsabilidad penal”<sup>426</sup>.

Así las cosas y enfocándonos en lo que nos interesa, la problemática se subsumiría en interesantes cuestionamientos: ¿involucrado el equipo médico, en qué medida la responsabilidad de cada uno de los integrantes puede llegar a depender de lo que hagan los demás? ¿hasta dónde alcanza el principio de confianza en aras de determinar la responsabilidad penal de cada uno de los sujetos que interactúan en la ejecución de un acto en conjunto en el ámbito médico-sanitario?<sup>427</sup> ¿En qué medida los intervinientes se exoneran recíprocamente de responsabilidad, y en qué condiciones son conjuntamente responsables?<sup>428</sup>; siendo más específico ¿cuál debería ser la conducta del individuo en relación al comportamiento de terceras personas, y si todas ellas deben estar atentas a las acciones de los demás; o la utilidad de este principio estriba en rebajar proporcionalmente al número de intervinientes los riesgos y peligros de atentar a un bien jurídico? Cuestionamientos que los iremos desarrollando a lo largo de este trabajo pero que sin embargo de acuerdo con RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, el principio de confianza fija un límite acotando el alcance de atención y cuidado de cada partícipe conforme su ámbito de responsabilidad<sup>429</sup>.

---

<sup>425</sup> PUPPE, I.: “División del trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica” en *Revista InDret*, Octubre\_2006, Barcelona, p. 3, este autor en referencia a la previsión que posee el principio de confianza en el tráfico rodado “cuenta con todos los factores de peligro que, según la experiencia, puedan surgir. Sin embargo, no sólo el tráfico rodado depende del principio de confianza, sino todas las formas de trabajo en equipo”.

<sup>426</sup> JORGE BARREIRO, A.: *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Ed. Tecnos, Madrid. 1990, p. 120.

<sup>427</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias*, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p. 222.

<sup>428</sup> PUPPE, I.: “División del trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica” en *Revista InDret*, Octubre\_2006, Barcelona, p. 3.

<sup>429</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias*, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p. 223.

Dicho esto, si bien en estas líneas es imposible despejar las inquietudes anteriormente formuladas, sin duda alguna servirá para ir buscando soluciones con el devenir de esta investigación, máxime que el ámbito médico-sanitario es una actividad en donde confluyen varias conductas, haciéndose necesaria la delimitación de los ámbitos de organización<sup>430</sup>. Objetivo que se procurará alcanzarlo, teniendo presente la competencia y el rol que cumple cada uno de los intervinientes en el ámbito social<sup>431</sup>.

Sin pretender adelantar posibles conclusiones, a *prima facie*, la importancia del principio de confianza en el ámbito médico parece ser indiscutible, pues de no ser así, las consecuencias pueden resultar nada satisfactorias. En este sentido, pensemos, por poner un ejemplo, en la imposibilidad del cirujano de ocuparse de su principal cometido con la dedicación que requiere una compleja actuación profesional de este calado<sup>432</sup>. En esta línea de razonamiento, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, destaca la importancia del principio de confianza en el régimen de división de trabajo, posibilitando que cada quien cumpla su tarea conforme a Derecho, de otra manera, la actividad de que se trate estaría abocada al caos<sup>433</sup>. Partiendo de esta concepción, no parece dejar duda alguna que tratándose de actividades organizadas mediante el reparto de funciones el principio de confianza cumple un papel esencial, independiente de la jerarquía o relación laboral existente<sup>434</sup>. Así las cosas, lo siguiente sería verificar cómo gravita este principio en el régimen de división horizontal y vertical de trabajo en grupo, respectivamente<sup>435</sup>.

---

<sup>430</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: «El principio de confianza como criterio de imputación en el derecho penal: Fundamento y consecuencias dogmáticas» en *RDPCr.* núm. 1, 2000, p. 63.

<sup>431</sup> PIÑA ROCHEFORT, J.: Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del Derecho penal, Ed. Bosch, Barcelona, 2005, p. 380.

<sup>432</sup> CHOCLÁN MONTALVO, J.: Deber de cuidado y delito imprudente, Ed. Bosch, Barcelona. 1998, p. 286.

<sup>433</sup> SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: "Blanqueo de capitales y abogacía", en *Revista InDret*, Enero\_2008, Barcelona. p. 20.

<sup>434</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: Homicidio y lesiones imprudentes: Requisitos y límites materiales, Ed. Edijus, Zaragoza. 1999, p. 231.

<sup>435</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: «El principio de confianza como criterio de imputación en el derecho penal: Fundamento y consecuencias dogmáticas» en *RDPCr.* núm. 1, 2000, p. 54, considera a la división horizontal y vertical del trabajo como datos puramente fácticos necesitados de una

## 2.4. El principio de confianza en la división horizontal del trabajo

Independientemente del criterio que se adopte para determinar la relación horizontal del trabajo en el área de la medicina (titulación u organigrama) es en esta modalidad donde el principio de confianza despliega toda su eficacia al tratarse de una relación entre iguales (*partners*)<sup>436</sup>, partiendo de que el profesional no tendrá que velar por el correcto desempeño de las funciones de su colega en razón de la igual preparación<sup>437</sup>. De esta manera, WILHELM defiende el ámbito de protección ilimitada de la confianza en la correcta actuación del colega<sup>438</sup>, siendo que la doctrina de manera no infrecuente utiliza el caso paradigmático de la relación cirujano-anestésista<sup>439</sup> en referencia a la relación que se configura en esta modalidad, estructura que por lo general reviste de mayor complejidad para delimitar la responsabilidad por tratarse de una interacción «entre iguales»; no pudiendo dejar de lado las relaciones de interacción que pudieran concurrir, por ejemplo entre el médico y farmacéutico o entre médicos de distintas especialidades<sup>440</sup>. Así conceptualizado el régimen de división horizontal de trabajo delimitará el deber de cuidado que

---

valoración jurídica. De ahí la necesidad del principio de confianza como ente limitador de la imputación jurídico-penal.

<sup>436</sup> Así califica PUPPE, I.: “División del trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica” en *Revista InDret*, Octubre\_2006, Barcelona, p. 4 la relación entre miembros que están al mismo nivel, por ejemplo: entre anestésista y cirujano.

<sup>437</sup> La jurisprudencia acoge el principio de confianza para absolver al cirujano respecto de la anestésista, *vid.* SAP Barcelona de 12 de mayo de 2000 (ROJ 6068/2000) (Pte. Vigil Levi).

<sup>438</sup> WILHELM, cit. en GÓMEZ RIVERO, M.<sup>a</sup> C.: La responsabilidad Penal del Médico, 2.<sup>a</sup> edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2008, p. 415 y en RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p. 261. En este sentido DE VICENTE REMESAL, J. y RODRIGUEZ VÁZQUEZ, V.: “El médico ante el Derecho penal” en LH NUÑEZ BARBERO, R., Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca. 2007, p.176.

<sup>439</sup> JORGE BARREIRO, A.: La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Ed. Tecnos, Madrid. 1990, p. 138; FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: Homicidio y lesiones imprudentes: Requisitos y límites materiales, Ed. Edijus, Zaragoza. 1999, p. 232; HAVA GARCÍA, E.: La imprudencia médica, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2001, p.77; GÓMEZ RIVERO, M.<sup>a</sup> C.: La responsabilidad Penal del Médico, 2.<sup>a</sup> edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2008, p.414; DE FUENTES BARDAJÍ, J. (dir.): Manual sobre responsabilidad sanitaria, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2009, p. 586.

<sup>440</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: Homicidio y lesiones imprudentes: Requisitos y límites materiales, Ed. Edijus, Zaragoza. 1999, p. 232, además, el autor destaca la relación entre piloto de avión y controlador, entre maquinista de ferrocarril y vigilante de paso a nivel o entre las diversas secciones de una empresa fabricante de productos de consumo.

le pertenece emplear a cada interviniente<sup>441</sup> conforme la distribución de funciones<sup>442</sup>. En este sentido, la doctrina mayoritaria sostiene que el principio de confianza mantendrá su vigencia y eficacia con carácter general, excepto cuando medien motivos o casos excepcionales, *v.gr.* si se advierte de un fallo grave del otro colega –infracción de cuidado escandalosa– o existan dudas fundadas respecto de la cualificación o fiabilidad<sup>443</sup> para considerar su decaimiento. En todo caso, el principio de confianza en esta modalidad de trabajo (horizontal) facilitará que a cada persona le esté permitido confiar en la correcta colaboración de su compañero de otra especialidad; no obstante, no falta quien disiente con el carácter absoluto del principio de confianza intentando establecer límites a su vigencia. Aspecto que será abordado más adelante.

Si bien el principio de confianza tiene lugar en el desarrollo de actividades llevadas a cabo en grupo habrá escenarios en que su intensidad será más acentuada debido a la configuración de la actividad de que se trate. En consecuencia, cuando el caso lo amerite, recurriremos a la labor realizada en el ámbito médico-quirúrgico, escenario propicio para indagar cómo incide este principio en la interrelación entre iguales (*v.gr.* cirujano-anestésista), donde el éxito del procedimiento dependerá de la sinergia y el cumplimiento cabal conforme el haz de funciones de cada facultativo facilitando de esta manera que cada especialista se pueda ocupar de su ámbito de acción sin perder energías controlando el comportamiento correcto de otra persona<sup>444</sup>; caso contrario, como lo sentencia STRATENWERTH, el principio no puede regir en la medida en que el deber de cuidado se halla dirigido precisamente a

---

<sup>441</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p. 260.

<sup>442</sup> GÓMEZ RIVERO, M.<sup>a</sup> C.: La responsabilidad Penal del Médico, 2.<sup>a</sup> edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2008, p. 409.

<sup>443</sup> JORGE BARREIRO, A.: en MARTÍNEZ MARTÍN, D. (coord.): "Nuevos aspectos de la imprudencia jurídico-penal en la actividad médica: La culpa en el equipo médico-quirúrgico" *en Responsabilidad del personal sanitario (actas del seminario conjunto sobre la responsabilidad del personal sanitario celebrado en Madrid los días 14, 15 y 16 de noviembre de 1994)*, Ed. Consejo General del Poder Judicial y Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid. 1994, p.370.

<sup>444</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: Homicidio y lesiones imprudentes: Requisitos y límites materiales, Ed. Edijus, Zaragoza. 1999, p. 232.

la vigilancia, control o cuidado del comportamiento de otras personas<sup>445</sup>, esto es, el cirujano decide el tiempo, lugar y el cómo de la operación, en tanto que el anestesista actuará con plena autonomía (discutida por cierto) siendo de su competencia la preparación, ejecución y vigilancia del proceso de narcosis<sup>446</sup> (garantizar la correcta anestesia del paciente, sus constantes vitales, así como su reanimación)<sup>447</sup>.

De lo anterior podemos concluir, que dicho principio en la división horizontal de trabajo cobraría plena eficacia teniendo como presupuesto la igualdad de condiciones, es decir, el mismo nivel de preparación entre los facultativos<sup>448</sup>. Pese a ello, cada interviniente tendría asignadas competencias y funciones bajo el presupuesto de que cada individuo responderá por sus actos sin tener que adecuar su conducta a la de otros en base al principio de autoresponsabilidad, según el cual, el ámbito de responsabilidad del individuo se “limita básicamente a su propio actuar y sólo en caso de circunstancias especiales abarca también el actuar de otros, con la consecuencia de que, como regla, no hay por qué tomar en cuenta la posibilidad del actuar descuidado y no precavido de otros”<sup>449</sup>. En este sentido, es oportuno recordar conforme quedó advertido *supra*, la posición doctrinal contraria a un principio de confianza de carácter general, siendo necesario fijar sus límites. Así las cosas, en aras de solventar esta postura es oportuno echar mano de la siempre servicial jurisprudencia, considerando que el principio de confianza no es absoluto e incondicional respecto de la división horizontal de trabajo, donde el

<sup>445</sup> CHOCLÁN MONTALVO, J.: Deber de cuidado y delito imprudente, Ed. Bosch, Barcelona. 1998, p. 116.

<sup>446</sup> JORGE BARREIRO, A.: La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Ed. Tecnos, Madrid. 1990, p. 138. El mismo pp. 136 y s., recalca que antes la anestesia la practicaba la enfermera o los auxiliares y hasta el propio cirujano; sin embargo, en la actualidad dicha actividad se ha constituido en una disciplina –Anestesiología y Reanimación–, convirtiéndose en una especialidad muy cualificada.

<sup>447</sup> GÓMEZ RIVERO, M.<sup>a</sup> C.: La responsabilidad Penal del Médico, 2.<sup>a</sup> edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2008, p. 418.

<sup>448</sup> JORGE BARREIRO, A.: La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Ed. Tecnos, Madrid. 1990, p. 119.

<sup>449</sup> No obstante, STRATENWERTH, G.: Derecho Penal. PG I. El hecho punible, trad. CANCIO MELIA, M. y SANCINETTI, M., Ed. Thomson-Civitas, Madrid. 2005, pp. 436 y 437, considera dudoso el considerara el principio de autoresponsabilidad de manera general, pues de esta manera no habría que abstenerse ni siquiera cuando la conducta equivocada de otros fuera especialmente evidente en la situación concreta.

comportamiento del facultativo en relación al de sus colegas sea estanco, debiendo en determinadas circunstancias abarcar con su cuidado la conducta de un tercero.

Lo dicho se puede verificar en la STS de 4 de septiembre de 1991, extendiendo el deber de vigilancia del cirujano al quedar invalidado el principio de confianza, cuyo texto reza "...aunque el cirujano tenga un cometido de actuación en su campo operativo y no vigile directamente las incidencias que refleje el monitor, debió ordenar su conexión, y si era al anestesista a quien tal cometido incumbía, no permitir que se ausentara del quirófano"<sup>450</sup>. De lo anterior, es conveniente destacar que pese a la concepción de independencia de actuación de cada participante en el acto médico siendo fiel al principio de confianza, esto no es absoluto. De hecho, el tribunal juzgador aprecia los hechos desde la perspectiva de un principio de confianza con carácter general, extendiendo el deber de vigilancia del cirujano respecto a la labor del anestesista, con lo cual comprobamos que la aplicación del principio en cuestión no resulta ser absoluta.

Así las cosas, si el principio de confianza puede decaer a consecuencia de la confluencia de varias circunstancias, las inquietudes respecto a esta cuestión resultan evidentes, a saber: ¿cuándo decae el principio de confianza; es decir, a partir de qué momento se le puede exigir a un sujeto que en su

---

<sup>450</sup> STS de 4 de septiembre de 1991 (ROJ 7509/1991) (Pte. Martínez-Pereda Rodríguez) El cirujano no podría alegar en su descargo el principio de confianza cuando el anestesista se ausenta del quirófano, si no hay razón suficiente que justifique su salida. Así reza la sentencia antes en referencia: "La conducta imprudente del recurrente comienza por no controlar la conexión del monitor al inicio de la operación y en su tolerancia o consentimiento a que el anestesista abandonase el quirófano. La sentencia explica, que la responsabilidad del cirujano no es por una conducta ajena –anestesista– "...sino por una conducta propia, de carácter omisivo, que es determinante de la ejecución de un resultado típico"; la STS de 10 de octubre de 1979 (ROJ 3982/1979) (Pte. Gómez de Liaño Cobaleda) analiza la responsabilidad de un médico por no percatarse del estado cianótico de la enferma en el momento de la intervención quirúrgica, circunstancia que desencadenó finalmente a su deceso. El médico atribuyó dicho descuido al anestesista, argumento que no tuvo éxito ante el tribunal, ratificando la condena para el médico por una falta de simple imprudencia ya que el "recurrente [*scil.* el médico] debió tener presente que el anestesista atendía simultáneamente a dos pacientes que estaban siendo operadas en quirófanos distintos, aunque contiguos [...] hay que reconocer que esta magnitud de la previsibilidad exige y requiere una mayor diligencia de la conducta, ampliada también a la de terceras personas, cuando éstas no cumplen por el abandono o deficiente prestación de la actividad...".

actuación entre a valorar y controlar la conducta de otro? ¿para quién surge esta obligación? ¿quién tiene el deber de reconocerlo, y cuál de los intervinientes va a ver ampliado el espectro de su deber de cuidado? En relación al primer cuestionamiento, la doctrina alude la quiebra del principio de confianza a la “situación de normalidad”<sup>451</sup>, es decir, cuando hay una modificación drástica en las condiciones en las que se venía actuando, siendo inviable confiar en los otros intervinientes como consecuencia de la caída de este principio. Respecto a los otros cuestionamientos, la jurisprudencia alemana ha tratado de desarrollar algunos criterios en aras de determinar, cuándo el principio de confianza deja de tener vigencia producto de una evidente deficiencia en la cualificación o en un acto erróneo. En este aspecto, la siempre fructífera jurisprudencia germánica ha delimitado el significado de la expresión “reconocible” en alusión al decaimiento del principio de confianza, considerando la quiebra del mismo o al menos su puesta en entredicho, cuando sobre la base de determinados indicios existan dudas acerca de la corrección en la actuación de otro médico respecto de la atención de un mismo paciente<sup>452</sup>.

En consecuencia, la caída de este principio en el régimen horizontal de trabajo hallaría su fundamentación en tres grupos de supuestos: a) *Intervención sucesiva de varios médicos especialistas*, producida generalmente por razones de diagnóstico. En estos casos, si el médico al que se ha remitido el paciente tiene dudas acerca de la corrección del diagnóstico debe informar inmediatamente de sus sospechas por medio de una *nota médica* al profesional que ordenó el traslado, o en su defecto, efectuar por sí mismo las aclaraciones necesarias tras consultar con el médico que dispuso dicho traslado. Otro

---

<sup>451</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p. 261; GÓMEZ RIVERO, M.<sup>a</sup> C.: La responsabilidad Penal del Médico, 2.<sup>a</sup> edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2008, p. 416 “cuando falten las bases de esa normalidad que *permite* confiar en la correcta actuación de terceros, habrá de negarse cualquier especie de juego a dicho principio [*scil.* de confianza]”; haciendo referencia a la normalidad en varios supuestos *vid.* VILLACAMPA ESTIARTE, C.: Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales, Ed. Aranzadi, Navarra. 2003, p. 216; también, JORGE BARREIRO, A.: La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Ed. Tecnos, Madrid. 1990, p. 140.

<sup>452</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p. 262.

supuesto, es el médico de consulta privada que decide remitir al paciente a un hospital para un diagnóstico por contar con más medios técnicos y personales. En este caso, le estaría permitido tener como base para la continuación del tratamiento los resultados del hospital siempre que no le salten dudas acerca de la corrección del procedimiento diagnóstico-técnico del otro establecimiento de salud, no haciéndose necesario que el médico privado compruebe por sí mismo las razones de elección de determinado método de diagnóstico utilizado por el centro al que fue derivado el paciente, pudiendo esperar por la *nota médica* si el cuadro clínico de aquel lo permite. Es también responsable el médico de familia que realiza el seguimiento del paciente en relación a los errores de diagnóstico, si aquel reconoce pese al limitado examen realizado de la historia clínica que existen dudas de peso sobre el diagnóstico o la terapia seguida por el médico llamado a consulta, o si llega a tener dudas sobre la base de su formación, experiencia y conocimiento respecto de la corrección de diagnóstico emitido por el hospital al que había remitido al paciente. De la misma manera, será responsable el médico de familia que durante un tiempo prolongado sigue de forma estricta las recomendaciones efectuadas por la clínica especializada sobre el medicamento que tiene que suministrar a su paciente, sin haber investigado ante las convincentes dudas que tenía sobre lo nocivo que podía resultar el suministro de dicho fármaco, ocasionando finalmente su envenenamiento tras los ataques epilépticos con pérdida temporal del conocimiento, de vista y de habla; b) *Supuestos de sucesión temporal en el tratamiento*, esto es, la intervención de diferentes médicos en distintos momentos a lo largo del tratamiento de una misma enfermedad o la intervención de médicos de una misma especialidad en dicho tratamiento. El primer médico tiene que informar al siguiente a través de una *nota médica* respecto de las medidas de diagnóstico y terapéuticas adoptadas, así como de las consecuencias resultantes de tal terapia. El segundo médico puede confiar de manera general en que el primer galeno ha tratado y examinado al paciente de forma cuidadosa, así como en la corrección de las indicaciones, diagnóstico y terapia elegida. No obstante, el principio de confianza no mantiene su valor exculpatario en relación con la conducta del segundo médico cuando éste reconozca o deba reconocer la existencia de dudas sobre el diagnóstico realizado, esto es, lagunas importantes respecto al cuadro clínico de la

enfermedad o no se corresponda en absoluto con dicho cuadro; y, c) *Respecto a la intervención simultánea de varios especialistas* (propio de las intervenciones quirúrgicas) requiriendo de una adecuada coordinación entre las personas que actúan de forma simultánea, suscitándose el problema de la delimitación de la responsabilidad<sup>453</sup>.

Al igual que en Alemania es la modalidad *simultánea*<sup>454</sup> (relación cirujano-anestésista) la que ha propiciado a que los tribunales españoles hayan tenido la oportunidad de delimitar las responsabilidades penales siguiendo las pautas de la jurisprudencia germánica. De esta manera, cada sujeto debe limitarse al cumplimiento de sus competencias confiando en la correcta actuación del otro facultativo; no obstante, la finalidad de la ciencia médica desvela la conexidad existente entre las diversas disciplinas y especialidades en razón de que ninguna es plenamente autónoma<sup>455</sup>. Si esto es así, el cirujano podrá confiar plenamente en el correcto accionar de sus colegas siempre que no medie alguna circunstancia que le haga pensar lo contrario<sup>456</sup>.

Pero no solo la relación horizontal de trabajo se encuadra en la sinonimia anestésista-cirujano, sino que también persiste en profesionales de la misma especialidad donde el principio de confianza podría perder su eficacia

---

<sup>453</sup> Resumen extraído del análisis que RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, pp. 262 y ss., hace de la jurisprudencia alemana, tanto del *Oberlandesgericht* (Tribunal Superior de un Land en Alemania) como del *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo Federal de Alemania).

<sup>454</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C.: Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales, Ed. Aranzadi, Navarra. 2003, p. 41, clasifica el trabajo en grupo como «sucesivo» y «simultáneo» encasillando por ejemplo en este último a la actividad médico-quirúrgica.

<sup>455</sup> Por poner un ejemplo, en el ámbito médico-quirúrgico, las actividades desarrolladas por cada persona guardan conexión entre ellas, así la STS de 4 de septiembre de 1991 (ROJ 7509/1991) (Pte. Martínez-Pereda Rodríguez) indica "...debiendo actuar todos ellos, anestésista, instrumentista y auxiliar [...] cada uno en su cometido y para ayudar y facilitar la intervención que realiza el cirujano, pues ninguna de las demás actividades es autónoma en sí misma"; no obstante, ciertos autores matizan esta percepción argumentando que la autonomía de las especialidades es relativa cuando en determinados supuestos la interdependencia de las mismas se hace necesario en procura de un objetivo en común: la sanación del paciente, *vid.* VILLACAMPA ESTIARTE, C.: Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales, Ed. Aranzadi, Navarra. 2003, pp. 183 y s.

<sup>456</sup> GÓMEZ RIVERO, M.<sup>a</sup> C.: La responsabilidad Penal del Médico, 2.<sup>a</sup> edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2008, p. 417.

por la quiebra de normalidad del acto médico; parámetros que la jurisprudencia ha tenido la oportunidad de ir desarrollando en aras de dirimir la responsabilidad de los profesionales que trabajan en grupo, ya sea de forma simultánea o sucesiva<sup>457</sup>.

Con miras a establecer el quiebre del principio de confianza la doctrina ha puesto sobre el debate el grado de previsibilidad que será tomado en cuenta en aras de validar la caída de este principio. Al respecto, ZUGALDIA ESPINAR explica que “el principio de confianza entra en juego precisamente en los supuestos en los que el resultado dañoso ha podido preverse”<sup>458</sup>. Pese a esto, disintiendo con el criterio de la previsibilidad, se propone algo que vaya más allá; que proporcione un criterio más concreto sobre la valoración de las circunstancias haciéndose referencia a la reconocibilidad<sup>459</sup>. Partiendo de este criterio, nos debemos plantear ¿cuándo o cómo se debe reconocer los datos para presuponer la caída del principio de confianza a sabiendas de la relación entre iguales característico de la división del trabajo horizontal? Algunas veces, se tendrá que percibir un error grave en el compañero de trabajo, en otros casos, bastará la duda de que el otro compañero carece de los conocimientos necesarios para desempeñar determinada tarea e inclusive en aras de verificar la caída del principio de confianza se atenderá a motivos fundados (más allá de la simple duda sin alcanzar la exigencia de la percepción, o en su caso perceptibilidad) que denoten indicios evidentes (“*offensichtlich*”)<sup>460</sup>.

Pese a los parámetros expuestos en líneas anteriores, se habla también de evidenciar circunstancias en relación al objeto, lo que posibilite dudar sobre la eficacia del principio de confianza como ente delimitador del deber de

---

<sup>457</sup> Condena al cirujano y a su ayudante –ambos urólogos– por la muerte del paciente, *vid.* AAP Badajoz de 18 de mayo de 2004 (ROJ 162/2004) (Pte. Narváez Bermejo) El tribunal juzgador, partiendo de la aplicación del principio de confianza en la práctica médico-quirúrgica, determina la obligación del cirujano ayudante en advertir sobre el erróneo procedimiento en que estaba incurriendo el cirujano principal.

<sup>458</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, J.: “Algunas observaciones sobre los principios que inspiran la jurisprudencia española en materia de delitos de tráfico”, en *RDCir*, 1981, p. 346.

<sup>459</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p. 269.

<sup>460</sup> GÓMEZ RIVERO, M.<sup>a</sup> C.: La responsabilidad Penal del Médico, 2.<sup>a</sup> edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2008, p. 416.

cuidado; es decir, dudas sobre la cualificación o fiabilidad de la otra persona (cansancio excesivo o la exteriorización de desatenciones graves) válido tanto para el cirujano como para el anestesista<sup>461</sup>.

#### 2.4.1. La previsibilidad como indicio de la caída del principio de confianza

Cuando el principio de confianza deja de tener rigor se presume que la situación de normalidad ha perdido tal condición, circunstancia atribuible al grado de previsibilidad que se ha de tener para dejar de confiar en la otra persona. Sin embargo, ZUGALDÍA ESPINAR, aclara que “el principio de confianza entra en juego precisamente en los supuestos en los que el resultado dañoso ha podido preverse”<sup>462</sup>. Así las cosas, GÓMEZ RIVERO considera que cuando el trabajo es acotado a un número limitado de personas, el principio de confianza quiebra al existir la posibilidad de que entre los integrantes del grupo ya hayan interactuado entre ellos, es decir, ya se conozcan. La idea central de lo que se quiere proyectar imbrica en que no puede ser igual la presunción de confianza en el manejo de un automóvil por una persona a la que nunca antes se ha visto y que se cruza en el camino sin que se sepa ni se vuelva a saber nada más de ella, que la confianza subjetiva que pueda existir respecto a la correcta realización de funciones en el seno del equipo médico, puesto que el conocimiento intersubjetivo sobre la capacidad y habilidad del resto de los intervinientes puede ofrecer claros indicios que hagan desconfiar en la actuación de un tercero conforme las reglas de cuidado.

Así las cosas, el hecho de que el cirujano tenga conocimiento de los reiterados fallos que ha cometido el anestesista en intervenciones anteriores ¿impide que aquél pueda confiar en la correcta actuación de éste? ¿y si sus sospechas surgen al conocer la alteración anímica que, por la razón que sea, tiene su colaborador el día de la intervención? y si con carácter previo ¿avala la

---

<sup>461</sup> JORGE BARREIRO, A.: La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Ed. Tecnos, Madrid. 1990, pp. 138 y 140.

<sup>462</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, J.: “Algunas observaciones sobre los principios que inspiran la jurisprudencia española en materia de delitos de tráfico”, en *RDCir*, 1981, p. 346.

confianza el conocimiento recíproco fundado en la reiteración de intervenciones; o por el contrario, es suficiente el no saber nada del otro colaborador y por tanto la ausencia de indicios tanto en favor como en contra de su correcta actuación?<sup>463</sup> Al respecto, GÓMEZ RIVERO, sostiene que la solución radica en la «idea del deber»; es decir, a partir del análisis del compromiso asumido por cada partícipe; siendo más precisos, en la contemplación de la posición relativa del sujeto que respectivamente se juzga. Esta autora sitúa la noción del deber como la única manera de fundamentar la situación de normalidad constituyéndose en presupuesto de la vigencia del principio de confianza, que además permitiría la verificación de los límites para obrar de manera distinta cuando se evidencie una situación de anormalidad<sup>464</sup>.

Pese a lo indicado, ¿y si el hecho del mutuo conocimiento entre los integrantes del grupo en lugar de hacer decaer el principio de confianza, lo refuerza, sobre la base de que con la persona con quien se va a interactuar en ocasiones anteriores se ha tenido éxito? Los datos estadísticos no son argumentos suficientes para afirmar la previsibilidad de la incorrección de una conducta<sup>465</sup>; es más, ni su previsibilidad resulta ser suficiente para verificar la quiebra del principio de confianza<sup>466</sup>, puesto que si bastase tener en cuenta la previsibilidad general de los comportamientos imprudentes, seguramente el principio de confianza quedaría anulado<sup>467</sup>, lo que implicaría que la falta de

---

<sup>463</sup> GÓMEZ RIVERO, M.<sup>a</sup> C.: La responsabilidad Penal del Médico, 2.<sup>a</sup> edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2008, p. 417 y s.

<sup>464</sup> *Ibíd.*, p.418.

<sup>465</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p. 270.

<sup>466</sup> CEREZO MIR, J.: Curso de Derecho penal español. Parte General, 6.<sup>a</sup> edición. t. II, Ed. Tecnos, Madrid, 1998, p. 170.

<sup>467</sup> MARTINEZ ESCAMILLA, M.: La imputación objetiva del resultado. Ed. EDERSA, Madrid. 1992, p. 335, "Si para anular la aplicación del principio de confianza bastase la previsibilidad general de comportamientos imprudentes, entonces los Tribunales tendrían grandes dificultades para aplicarlo alguna vez, sobre todo en el ámbito para el cual lo diseñaron [...] Si en el ámbito médico no se puede confiar en el comportamiento correcto del personal facultativo por ser generalmente previsibles sus fallos leves o medianamente graves, en el tráfico rodado nunca se podrá confiar en la conducta diligente del resto de los conductores, pues en este ámbito no sólo son generalmente previsibles las imprudencias leves, sino también las temerarias, siendo incluso estadísticamente más frecuentes que las médicas".

responsabilidad del que amparado en la confianza permitida obrase pese a lo previsible del comportamiento defectuoso de los otros participantes<sup>468</sup>.

Es por esta razón que en lugar de la previsibilidad general (insuficiente para determinar la caída del principio de confianza) se pretende acudir a la *recognoscibilidad*<sup>469</sup> como presupuesto de ineficacia del principio de confianza, ya que como lo advierte RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, al hablar de previsibilidad (entendido como prever) se estaría refiriendo a un hecho que va a suceder, de tal forma que la percepción del mismo se adelanta temporalmente; en cambio la reconocibilidad hace alusión a un hecho que está sucediendo o por lo menos que es inminente.

De esta manera el antes citado autor, se refiere a la cognoscibilidad como “la falta de cuidado del tercero que se manifiesta en una actuación negligente y que al ser de elevada magnitud puede ser reconocida por quienes con él intervienen en la atención al paciente. Siendo así, sólo decaerá la confianza cuando el sujeto cometa una infracción efectiva de tal entidad que sea reconocible para quienes con él interactúan. El espectro de la reconocibilidad se podrá extender sólo cuando los indicios de que el sujeto que va a actuar imprudentemente sean de tal magnitud que a los terceros se les impone tal posibilidad como evidente<sup>470</sup>. Esta cuestión se ilustra de la siguiente forma “cada uno de los facultativos que intervienen en el tratamiento de un paciente puede en principio confiar en que el otro actuará –o ha actuado o está actuando– conforme a su deber, de manera que los límites a la vigencia de este principio –excepciones– que en tales interacciones se admiten son ciertamente escasos, pues se acostumbra a defender que la confianza deja de

---

<sup>468</sup> CHOCLÁN MONTALVO, J.: Deber de cuidado y delito imprudente, Ed. Bosch, Barcelona. 1998, p. 113, para ilustrar esta situación utiliza el siguiente ejemplo: “...en caso de irrupción inopinada en la calzada del peatón atropellado, su fallecimiento no es imputable al conductor que circulaba en la confianza de que el peatón respetaría la prohibición de cursar por sitio no destinado al efecto, pues, el riesgo creado por la conducta del peatón no puede ser atribuido al conductor. Si por el contrario observó al peatón al borde de la calzada en actitud vacilante, la muerte es, en principio, imputable, pues tenía razones para perder la confianza y debió controlar el riesgo”.

<sup>469</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p. 269.

<sup>470</sup> *Ibíd.*, p. 270.

ser permitida en situaciones excepcionales, básicamente cuando la infracción de los deberes profesionales por parte del colega es reconocible<sup>471</sup>.

De las posiciones acotadas en líneas precedentes, parecería que como norma general cada facultativo tendría plena libertad de actuación en la medida de sus funciones y competencias en sintonía con el régimen horizontal de trabajo, sin tener la obligación de contemplar o estar expectante de la actuación de los demás con quien interactúa. Como se ha dicho, la razón de ser del principio de confianza radica en la independencia de tareas y consecuentemente en el convencimiento del correcto actuar del otro facultativo; sin embargo, es oportuno destacar lo que manifiesta RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, sobre la posibilidad de reconocer un error en la persona con quien se interactúa debido a cuestiones de orden funcional<sup>472</sup>, e incluso en atención a la posición física que cada interviniente ocupa en la sala de operaciones; eso sí, sin que ello represente un especial deber de conocer la infracción del otro interviniente<sup>473</sup>. Cuestiones éstas que serán abordadas más adelante en sede de autoría y participación.

Finalmente, en puridad, debemos destacar que el deber de advertir sobre el error de otro compañero dependería de la posición relativa en la que esté el sujeto al que se juzga.

---

<sup>471</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C.: Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales, Ed. Aranzadi, Navarra. 2003, p. 151.

<sup>472</sup> En la jurisprudencia el AAP Badajoz de 18 de mayo de 2004 (ROJ 162/2004) (Pte. Narváz Bermejo) reconociendo una dependencia funcional entre el cirujano principal y el cirujano ayudante, explica “No se puede hablar de una subordinación o jerarquía en la relaciones entre cirujano o ayudante, sino funcional en el sentido de que siendo ayudante auxiliar del cirujano debía atender sus órdenes pero al mismo tiempo el consentimiento dado por el paciente a la intervención programada y la propia «lex artis» de su especialidad le compelia a actuar dentro de esos límites de los que por su competencia profesional debía ser consciente.”

Condena al cirujano y a su ayudante –ambos urólogos– por la muerte del paciente, *vid.* AAP Badajoz de 18 de mayo de 2004 (ROJ 162/2004) (Pte. Narváz Bermejo) El tribunal juzgador, partiendo de la aplicación del principio de confianza en la práctica médico-quirúrgica, determina la obligación del cirujano ayudante en advertir sobre el erróneo procedimiento en que estaba incurriendo el cirujano principal.

<sup>473</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p. 273.

## 2.5. El principio de confianza en la división vertical del trabajo

La división vertical del trabajo entendida como la relación entre sujetos con diferente grado de preparación (relaciones de supra o sub-ordinación) *v.gr.* el médico y la enfermera, entre médicos de cualquier especialidad y asistente técnico sanitario o auxiliares de enfermería, ginecólogo y comadrona, médico especialista y médico en prácticas, o médico y fisioterapeuta, entre otros, suscitan algunas cuestiones a esclarecer en referencia al principio de confianza, llegando ciertos autores a calificar al cirujano como jefe de grupo<sup>474</sup>.

En la doctrina<sup>475</sup>, HAVA GARCÍA, CHOCLÁN MONTALVO, JORGE BARREIRO, entre otros, destacan la utilidad del principio de confianza en la división vertical del trabajo, entendido como una relación que no necesariamente se fundamenta en criterios de titulación sino también en la posición en el organigrama del centro del que se trate, entre personal con la misma formación e incluso entre el personal no facultativo<sup>476</sup>.

---

<sup>474</sup> La doctrina y la jurisprudencia no vacila en afirmar la existencia de un jefe, director o máximo responsable en el equipo, al respecto *vid.* GALÁN CÁCERES, J.: Medicina y responsabilidad legal, Ed. J.C. Galán, Badajoz. 2014, p. 187; VILLACAMPA ESTIARTE, C.: Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales, Ed. Aranzadi, Navarra. 2003, p. 201; ROMEO CASABONA, C.: El médico ante el derecho, Ed. Ministerio de Sanidad y Consumo, 3.ª reimpresión, Madrid. 1990, p. 76; HAVA GARCÍA, E.: La imprudencia médica, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2001, p. 80; FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: "El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal", en *Revista electrónica Dialnet*, 1-2000, p. 56; CHOCLÁN MONTALVO, J.: Deber de cuidado y delito imprudente, Ed. Bosch, Barcelona. 1998, p. 187; GÓMEZ RIVERO, M.ª C.: La responsabilidad Penal del Médico, 2.ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2008, p. 405; REQUEJO NAVEROS, M.: El delito de revelación de secreto médico y la protección penal de la información genética, Ed. Colex, Madrid. 2006, p. 155; JORGE BARREIRO, A.: La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Ed. Tecnos, Madrid. 1990, p. 148, compara al cirujano como jefe de orquesta o capitán de un barco. En la jurisprudencia la STS de 10 de octubre de 1979 (ROJ 3982/1979) (Pte. Gómez de Liaño Cobaleda); STS de 7 de julio de 1993 (ROJ 14032/1993) (Pte. Moyna Ménguez); la SAP León de 9 de enero del 2002 (ROJ 30/2002) (Pte. Lobejón Martínez); SAP Sevilla de 17 de mayo de 2004 (ROJ 1976/2004) (Pte. Izquierdo Martín); SJP N° 3 de Arrecife de 9 de julio de 2013 (ROJ 47/2003) (Pte. Oleaga Orué-Rementería); SJP Arrecife de 9 de julio de 2013 (ROJ 47/2013) (Pte. Oleaga Orué-Rementería).

<sup>475</sup> HAVA GARCÍA, E.: La imprudencia médica, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2001, p. 80; CHOCLÁN MONTALVO, J.: Deber de cuidado y delito imprudente, Ed. Bosch, Barcelona. 1998, p. 188; JORGE BARREIRO, A.: La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Ed. Tecnos, Madrid. 1990, p. 154.

<sup>476</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p. 279.

A diferencia de la división horizontal del trabajo donde el principio de confianza opera de forma unidireccional, en esta modalidad la cuestión se debe analizar de manera bidireccional. Razón por la que es preciso analizar ¿cómo afecta el principio de confianza a la conducta –deber de cuidado– del superior respecto del inferior?, y por otra parte ¿cómo opera el principio de confianza en el deber de cuidado del inferior en relación a los errores del superior jerárquico?<sup>477</sup>. En este sentido, el principio de confianza en la división vertical de trabajo entendido como la relación entre el facultativo y no facultativo (v.gr. cirujano-enfermero) estaría limitada por el surgimiento de deberes de cuidado secundarios relacionados con la adopción de medidas organizativas que garanticen la calidad en la prestación del servicio conforme al principio de la competencia «total» (*Allzuständigkeit*)<sup>478</sup>.

### 2.5.1. Deberes de vigilancia, control o supervisión

Si bien el principio de confianza faculta a que el superior jerárquico confíe o espere una correcta actuación de sus subordinados, cierta parte de la doctrina aduce que tal concepción no sería estanca del todo, surgiendo para el superior deberes de control respecto a las características y la conducta del delegado; es decir, deberes de: selección, información, formación, vigilancia y prueba de cualificación técnica y personal de las personas a su servicio, etc<sup>479</sup>. Sin embargo, no parece estar del todo claro respecto de cuáles deberían ser estos deberes de control, cuándo se los debe cumplir, la amplitud de cada uno, y cómo afecta el cumplimiento o incumplimiento de los mismos en la operatividad del principio de confianza. CERZO MIR poniendo de ejemplo la labor médico-quirúrgica explica que “el cirujano puede confiar en que el personal auxiliar (anestesiastas, enfermeras, ayudantes) observa el cuidado objetivamente debido, mientras que, dadas las circunstancias del caso

<sup>477</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p. 280.

<sup>478</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C.: Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales, Ed. Aranzadi, Navarra. 2003, p. 154.

<sup>479</sup> *Ídem*.

concreto, no tenga motivos para pensar lo contrario<sup>480</sup>. Así las cosas, en supuestos de delegación en los que concurra una relación de supra-subordinación, será necesario el aseguramiento con anterioridad a dicho acto, verificar la capacidad del encomendado para cumplir con la tarea asignada<sup>481</sup>, esto en razón de que cuanto menor sea la preparación real y la experiencia de sus colaboradores, mayor será el deber de supervisión del médico y menor el campo de aplicación del principio de confianza<sup>482</sup>. Se trata de que exista una «base para la confianza»<sup>483</sup>, la que estará supeditada a los siguientes deberes: a) Distribuir el trabajo adecuadamente y dar la información necesaria para evitar fallos de comunicación; b) Elegir a la persona adecuada para la realización de la tarea, lo que supone una selección en base a la cualificación teórica y experiencia práctica requeridas para el desempeño de esa función; y, c) Comprobar que las circunstancias del caso concreto son las rutinarias o normales para ese tipo de delegación<sup>484</sup>.

No obstante de haber constatado todos los parámetros antes en mención, la responsabilidad del delegante subsistiría correspondiéndole aun los deberes tanto de vigilancia como de control periódico (especialmente en delegaciones duraderas) en procura de evitar que se generen riesgos desaprobados<sup>485</sup>. En esta línea desde una posición radical, se mantiene que el principio de confianza vería mermada su eficacia en el régimen de división vertical de trabajo, puesto que no se le estaría permitido al superior jerárquico escudarse en dicho principio a efectos de eximir su responsabilidad frente a la

---

<sup>480</sup> CEREZO MIR, J.: Curso de Derecho penal español. Parte General, 6.<sup>a</sup> edición. t. II, Ed. Tecnos, Madrid, 1998, p. 172.

<sup>481</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p. 282.

<sup>482</sup> CEREZO MIR, J.: Curso de Derecho penal español. Parte General, 6.<sup>a</sup> edición. t. II, Ed. Tecnos, Madrid, 1998, p. 172.

<sup>483</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C.: Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales, Ed. Aranzadi, Navarra. 2003, p. 212.

<sup>484</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p. 282.

<sup>485</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C.: Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales, Ed. Aranzadi, Navarra. 2003, p. 208.

conducta de su delegado<sup>486</sup>. Pese a ello, PIÑA ROCHEFORT, aduce que la jerarquía es indiferente, al resultar intrascendente la posición que se tenga respecto a la vigencia del principio de confianza; pues a decir de este autor, todo gira conforme a la función que le compete a cada uno<sup>487</sup>.

### 2.5.2. Deberes de selección, instrucción y coordinación

Para que el acto de delegación se encuadre en lo correcto y así evitar responsabilidades por el mal accionar de la persona a quien se delega, resulta de suma importancia el «momento anterior» a dicho acto; para lo cual se ha de realizar una adecuada selección tomando en consideración la capacitación, cualificación y experiencia del delegado, lo que garantice el óptimo cumplimiento del mandato encomendado. Este deber de selección obliga al médico, por poner un ejemplo, a elegir como auxiliares a personas suficientemente formadas, concienzudas y fiables<sup>488</sup>. No obstante, dicho proceso diferiría dependiendo de las circunstancias de que se trate, esto es: tratándose de centros públicos, dicha selectividad es competencia del propio sistema (mediante concurso de oposición<sup>489</sup>) Consecuentemente, el médico no tendría oportunidad de participar en dicho proceso, ocasionando que la intensidad de los deberes secundarios cobren mayor fuerza y rigurosidad en el galeno a consecuencia de no haber tenido oportunidad de escoger a sus colaboradores, obligándolo a prestar mayor atención y poner más énfasis en proceder de sus subordinados<sup>490</sup>.

<sup>486</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p. 282.

<sup>487</sup> PIÑA ROCHEFORT, J.: Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del Derecho penal, Ed. Bosch, Barcelona, 2005, p. 388. En la jurisprudencia se condena a un cirujano ayudante en base a la posición funcional de éste por no advertir al cirujano jefe con quien llevaban a cabo una intervención quirúrgica sobre un erróneo procedimiento que condujo al deceso del paciente, *vid.* AAP de Badajoz de 18 de mayo de 2004 (ROJ 162/2004) (Pte. Narváez Bermejo).

<sup>488</sup> JORGE BARREIRO, A.: La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Ed. Tecnos, Madrid. 1990, p. 162.

<sup>489</sup> Para mayor referencia *vid.*, arts. 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, BOE., de 17 de diciembre de 2003, núm. 301, pp. 44742 a 44763.

<sup>490</sup> No obstante, RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p. 290, sostiene que el acto mismo de delegación implicaría en muchos casos ya una elección, teniendo que valorar las

El asunto difiere diametralmente en los centros sanitarios de corte privado en los que la facultad de elección del personal colaborador es de competencia del superior jerárquico, desplegándose en este caso toda la eficacia del principio de confianza, ya que a diferencia de lo que ocurre con el sistema público en el sistema privado el superior es quien regularmente elige a sus colaboradores. Sin embargo, pese haberse realizado la selección del personal conforme lo citado en líneas precedentes, la doctrina mayoritaria sostiene que de igual forma subsistirán ciertos deberes del superior respecto de sus colaboradores. Así, en el campo médico-quirúrgico, la «comunicación» o «instrucción» del cirujano con los enfermeros u otros sujetos que participan con él (inclusive en la división horizontal del trabajo) jugarían un papel preponderante en la consecución de los objetivos previstos para la intervención quirúrgica<sup>491</sup>; de no ser así, la falta de comunicación acarrearía nefastas consecuencias en detrimento del paciente atribuibles por ejemplo a falencias en la errónea comunicación a descuidos en leer, escribir y hablar, a una palabra confusamente expresada, una orden o instrucción escrita de forma ambigua (términos especializados con vocabulario inhabitual), anotaciones deficientes en la hoja del enfermo, en la hoja operatoria, en la hoja de registro de enfermería en el quirófano, a errores en los libros de visita o de vela, recetar de prisa en los cambios de turno<sup>492</sup>, etc., factores que coadyuvarían a la consecución de graves perjuicios evidenciados en la lesión a los bienes jurídicos protegidos. En este sentido, la STS de 15 de enero de 1986<sup>493</sup>,

---

cualidades y capacidades así como aptitudes para encomendar determinada tarea. Circunstancia que de ser omitida y de ocasionarse una lesión al paciente, acarrearía la responsabilidad del superior siendo a éste a quien le corresponde el deber de vigilar continuamente el accionar del delegado.

<sup>491</sup> Adjudicando funciones de vigilancia, control, cuidado y coordinación de la intervención quirúrgica al médico jefe, *vid.* la STS de 27 de noviembre de 2001 (ROJ 9257/2001) (Pte. Granados Pérez).

<sup>492</sup> JORGE BARREIRO, A.: La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Ed. Tecnos, Madrid. 1990, p. 163.

<sup>493</sup> STS de 15 de enero de 1986 (ROJ 49/1986) (Pte. Latour Brotons), evidenciando un claro ejemplo de falta coordinación y de comunicación. La SAP León de 9 de enero de 2002 (ROJ 30/2002) (Pte. Lobejón Martínez) conoce sobre un supuesto en que el cirujano confiado en la comunicación de la enfermera sobre el correcto conteo de compresas o gasas quirúrgicas que había realizado, procede a suturar a la paciente causándole lesiones por olvido de una gasa en su interior; la SAP Sevilla de 17 de mayo de 2004 (ROJ 1976/2004) (Pte. Izquierdo Martín) condena a cirujano por lesiones imprudentes debido a la falta de coordinación con enfermera instrumentista al dejar olvidada una pinza *Kolher* de 13 cm en el interior de la paciente quien era intervenida quirúrgicamente; un caso similar es el que conoce la SAP Logroño de 27 de

conoce de unos hechos relacionados con la falta de instrucción e información precisa entre el médico adjunto y un MIR, provocando el fallecimiento del paciente a causa del suministro de un analgésico al que era alérgico.

Conforme a lo establecido, se puede decir que el principio de confianza es más gravitante en el régimen de división vertical de trabajo, debiendo el superior jerárquico estar al pendiente de la conducta de sus colaboradores, quien prevalido de su posición (jerárquica) deberá desplegar una actividad de supervisión mayor<sup>494</sup> respecto de sus subordinados con independencia del carácter autónomo que algunos autores pretenden atribuir a cierto grupo de no facultativos (*v.gr.* la enfermera); aspecto que la jurisprudencia<sup>495</sup> lo descarta de plano, siendo que su labor estaría supeditada al control y vigilancia del superior por el mismo hecho de la preparación (en principio académica) teniendo gran incidencia en áreas como la actividad médica-quirúrgica. Pese a ello y a la relación «bidireccional»<sup>496</sup> de este principio, este de igual manera daría cobertura al subordinado frente a la conducta errónea de su superior, eximiéndose de la obligación de tener que extender su deber de cuidado hasta llegar a abarcar la conducta de aquel; o en su defecto, entrar a valorar una orden<sup>497</sup>. Sin embargo, es preciso matizar esta cuestión en el sentido de que el subordinado no podrá escudarse en el principio de confianza para eximir su responsabilidad en el supuesto de recibir por parte del superior una instrucción «manifiestamente errónea»<sup>498</sup> o que conlleve riesgo, o alguna efectuada por su

---

febrero de 2004 (ROJ 88/2004) (Pte. Mota Bello). En la jurisprudencia civil alemana evidenciando la falta de comunicación y coordinación, *vid., infra*, cap. III, 2.5.1.

<sup>494</sup> PIÑA ROCHEFORT, J.: Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del Derecho penal, Ed. Bosch, Barcelona, 2005, p. 387.

<sup>495</sup> La SJP Arrecife de 9 de julio de 2013 (ROJ 47/2003) (Pte. Oleaga Orué-Rementería) acoge una posición contundente negando la autonomía de la enfermera: "Las definiciones de enfermería difieren unas de otras, su valor será todo lo académico que se quiera, pero ante los tribunales lo que realmente cuenta es la definición legal, es decirlo que dicta el derecho objetivo, o sea la ley o el reglamento, **y hoy por hoy la función de la enfermería sigue siendo delegada del médico**". (Las negrillas son de origen).

<sup>496</sup> Sin embargo, la incidencia que tiene el principio de confianza en este tipo de relación (vertical de trabajo) sin lugar a dudas será más trascendente que en la división horizontal, perdiendo intensidad al tratarse de una relación entre iguales.

<sup>497</sup> En principio este sería el postulado con carácter general, no obstante, dependiendo de las circunstancias del caso, sí que nacerían obligaciones para el subordinado o inferior jerárquico. dando algunas soluciones al respecto, *vid. infra*, cap. II, 3.2.

superior con el que actuaba conjuntamente<sup>499</sup>. Así, la enfermera podría ampararse en el principio de confianza estándole permitido, por ejemplo, confiar en que el fármaco prescrito por el médico es el correcto para la curación de la enfermedad ya que en ocasiones el auxiliar puede ser un mero instrumento que obra con error invencible<sup>500</sup>.

Sobre esto creemos conveniente hacer la siguiente precisión: al tratarse de un acto que pueda ser percibido por la enfermera como manifiestamente erróneo o deficiente, aquella deberá adaptar su conducta a la del cirujano en aras de tomar los correctivos necesarios para evitar un resultado lesivo. De no hacerlo, se convertiría en corresponsable de los daños ocasionados puesto que en tales circunstancias, le estaría permitida la insubordinación como deber legítimo, lejos de que dicha actuación falte a la sujeción de la orden dispuesta y a la menor cualificación profesional<sup>501</sup>. En este sentido, ROXIN explica: “también se corresponde sin embargo con el principio de confianza el que se deba objetar y, en su caso, corregir los errores manifiestos de otro”<sup>502</sup>. Así las cosas, y pese a los diversos posicionamientos de la doctrina relacionados con la incidencia del principio de confianza en el régimen de división de trabajo del que se trate, parece que el único punto sobre el que aparentemente existe

---

<sup>498</sup> Si bien, en principio el inferior deberá cumplir con las instrucciones que le encomiende el superior conforme la estructura organizativa que guarda fundamento en la titulación, conocimientos y competencias; opinamos que la sospecha de una errónea disposición, deberá ser de tal magnitud que sea reconocible sin mayor análisis, esto es, un error esperpéntico, haciendo que el inferior deba tomar los correctivos necesarios antes de que el riesgo de lesión se materialice.

<sup>499</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p. 296.

<sup>500</sup> CHOCLÁN MONTALVO, J.: Deber de cuidado y delito imprudente, Ed. Bosch, Barcelona. 1998, p. 189. Al respecto, *vid.* cap. II, 3.2.

<sup>501</sup> “Se plantea la posibilidad de responsabilizar penalmente al inferior en el desarrollo de una actividad médico-sanitaria realizada en equipo por las negligencias que advierte en el superior en los siguientes términos: imaginémos que el ayudante advierte impasible, bien por el estado de incapacidad física –por enfermedad o embriaguez del superior- bien un error en la actuación del mismo que pueda perjudicar al paciente (...) entiendo que el inferior no puede eximirse de responsabilidad alegando su posición subordinada en el equipo”, RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p. 351.

<sup>502</sup> ROXIN, C.: Derecho Penal. PG, t. I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito, trad. de la 2.<sup>a</sup> edición alemana y notas por LUZÓN PEÑA, D., GARCÍA CONLLEDO, M. y DE VICENTE REMESAL, J., Ed. Civitas, Madrid. 1997, p. 1006.

consenso, imbrica en el deber que pesa sobre el superior en relación al control de la conducta de sus subordinados<sup>503</sup>.

### 3. La prohibición de regreso en la actividad médico-sanitaria

#### 3.1. La prohibición de regreso en el delito imprudente

Luego de haber analizado como opera del principio de confianza en la división del trabajo en el ámbito médico, cuestión importante en consonancia con el objeto de nuestro estudio, resulta examinar en qué casos se puede imputar una conducta que potencialmente no tendría por qué responder ante el resultado producido directamente por un tercero. Para cuyo cometido, en aras de dirimir responsabilidades, recurriremos a de este importante subinstituto de la imputación objetiva como lo es la prohibición de regreso<sup>504</sup>.

La función de este principio radica en “excluir la imputación en aquellos casos en los que la causa (o la «precondición» en el sentido de *Frank*) ha sido puesta por alguien que no tiene por qué responder por el resultado que produce directamente un tercero o que es imputable a la propia víctima. Dicho de otras palabras: la imputación sólo alcanza a quien es «garante de la evitación del resultado»<sup>505</sup>.

La prohibición de regreso nace como una teoría de la causalidad en la década de los años treinta, en relación a la interrupción del nexo causal que buscaba limitar en parte la exageración que en el plano de la causalidad

<sup>503</sup> GÓMEZ RIVERO, M.<sup>a</sup> C.: La responsabilidad Penal del Médico, 2.<sup>a</sup> edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2008, p. 437.

<sup>504</sup> SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: “Blanqueo de capitales y abogacía” en *Revista InDret*, Enero\_2008, Barcelona, p. 24.

<sup>505</sup> BACIGALUPO ZAPATER, E.: Principios del Derecho penal. PG, 5.<sup>a</sup> edición, Ed. Akal/lure, Madrid, 1998, p. 192; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: “Blanqueo de capitales y abogacía”, en *Revista InDret*, Enero\_2008, Barcelona, p. 25, la prohibición de regreso “en su formulación más clásica, la línea de imputación queda interrumpida sin retroceder a «riesgos» (condiciones) anteriores-no se regr4esa o va más allá-cuando existe ya un riesgo completo (precondición) que se ha dirigido libre y consciente a la producción del resultado, es decir, del que puede afirmarse que se ha concretado en el resultado”.

suponía la dominante teoría de la equivalencia de las condiciones<sup>506</sup>. En su concepción originaria, este principio estuvo pensado para conductas dolosas precedidas de acciones imprudentes. Así por ejemplo, el supuesto de la enfermera que por error confunde el preparado que debe entregar al médico, quien a su vez conocedor de tal confusión lo suministra al paciente con la intención de acabar con su vida<sup>507</sup>. Pese a ello, la posibilidad de aplicar la prohibición de regreso a supuestos que conlleven conductas posteriores de carácter imprudente<sup>508</sup>, ha tendido eco en autores como LAMPE y DIEI, quienes consideran la posibilidad de extender la incidencia de la prohibición de regreso a todas las combinaciones posibles<sup>509</sup>.

Siguiendo esta línea doctrinal HRUSCHKA estima innecesario diferenciar el carácter doloso o imprudente en la conducta del tercero sobre la base del juicio de imputación y en la causalidad de la libre voluntad. Es decir, negar la imputación del resultado al primer sujeto en los casos en los que medie la conducta libre de un tercero<sup>510</sup>. En esta línea, DIEI defiende la prohibición de regreso frente a conductas posteriores dolosas o imprudentes de un tercero o de la propia víctima por el transcurso de un ámbito de responsabilidad ajeno<sup>511</sup>. GUANES NICOLI, resaltando la importancia del principio de confianza, aclara que “lo que pretende la prohibición de regreso es

---

<sup>506</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p. 233.

<sup>507</sup> GÓMEZ RIVERO, M.<sup>a</sup> C.: La responsabilidad Penal del Médico, 2.<sup>a</sup> edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2008, p. 408.

<sup>508</sup> MARAVER GÓMEZ, M.: El principio de confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva, Ed. Civitas, Pamplona. 2009, p. 229, algunos autores, respetando su formulación originaria, reservan la aplicación de la teoría de la prohibición de regreso para los casos de conductas posteriores dolosas, otros proponen utilizarla también en los casos de conductas posteriores imprudentes.

<sup>509</sup> GÓMEZ RIVERO, M.<sup>a</sup> C.: La responsabilidad Penal del Médico, 2.<sup>a</sup> edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2008, p. 408.

<sup>510</sup> HRUSCHKA cit. en MARAVER GÓMEZ, M.: El principio de confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva, Ed. Civitas, Pamplona. 2009, p. 233.

<sup>511</sup> DIEI cit. en MARAVER GÓMEZ, M.: El principio de confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva, Ed. Civitas, Pamplona. 2009, p. 234.

impedir la imputación de comportamientos inofensivos, cuando han sido aprovechados por el agente para la comisión de un acto antinormativo<sup>512</sup>.

En definitiva, haciéndonos de las acertadas palabras de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, en la prohibición de regreso “la línea de imputación queda interrumpida sin retroceder a «riesgos» (condiciones) anteriores –no regresa más allá– cuando existe ya un riesgo completo (precondición) que se ha dirigido libre y consciente a la producción del resultado, es decir, del que puede afirmarse que se ha concretado en el resultado”<sup>513</sup>.

Como en reiteradas ocasiones hemos señalado, la práctica médica es una actividad en la que confluyen varias conductas, teniendo por finalidad la sanidad del paciente. De esta manera, se hace necesario averiguar, hasta dónde puede extenderse el radio de responsabilidad frente a un nefasto resultado (lesiones o la muerte).

La esencia de este principio, radica en indagar, el por qué habría que regresar en la imputación hacia atrás en la cadena de responsabilidades, más allá de la persona que ha creado el riesgo concreto en el resultado. En este sentido, es pertinente recalcar, que con independencia del régimen de trabajo del que se trate, en el ámbito médico (supra o subordinación) la responsabilidad podrá recaer sobre cualquier interviniente. Así las cosas, la importancia de delimitar responsabilidades, erige a la prohibición de regreso como subinstituto de la imputación objetiva como realmente fructífera para esclarecer esta problemática<sup>514</sup>.

---

<sup>512</sup> GUANES NICOLI, M.: El delito de conducción temeraria. Análisis de la situación jurisprudencial, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid. 2012, p. 141.

<sup>513</sup> SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: “Blanqueo de capitales y abogacía” en *Revista InDret*, Enero\_2008, Barcelona, p. 25.

<sup>514</sup> A este respecto, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, J.: “La responsabilidad penal por contagio hospitalario”, en *Revista de Derecho y Salud*, vol. 8, núm. 1, 2000, p. 51, haciendo una importante advertencia, al indicar que la actividad médica sanitaria al desarrollarse en un contexto de intervención (y no intervención) de diversos de sujetos, es factible a que dé problemas en cuanto a la posible incidencia de la prohibición de regreso.

### 3.2. La prohibición de regreso en la división vertical del trabajo

Conforme lo analizado *supra*, en la división vertical de trabajo la subordinación sería la norma general (*v.gr.* médico-enfermera). Partiendo de esta premisa, resulta interesante esta estructura de organización en aras de delimitar la responsabilidad de los partícipes, donde de igual forma, el principio de prohibición de regreso cobra importancia. Así las cosas ¿es posible imputar a la enfermera por la muerte del paciente después de haberle inyectado un fármaco prescrito erróneamente por el cirujano? Posibilitando una posible solución, se hace necesario verificar si la enfermera tiene el deber de advertir al cirujano sobre el error en la prescripción del medicamento; o si por el contrario, prevalida del principio de confianza (acatar las instrucciones del médico) su conducta queda incólume a efectos de responsabilidad. Sobre este planteamiento, PUPPE responsabiliza a la enfermera por una actuación contraria al deber de cuidado pues estaba a su alcance el reflexionar sobre la errónea prescripción del médico en relación a la confusa indicación de la dosis<sup>515</sup>. PIÑA ROCHEFORT, antes de atribuir la responsabilidad de un comportamiento, propone verificar la competencia y el *rol* de cada persona según las funciones que le son propias «a algunos y no a otros»; de modo que, el desempeño de las mismas por quienes no ostentan las características exigidas, se estima perturbador<sup>516</sup>.

Al unísono de la última opinión doctrinal, JORGE BARREIRO explica que cada miembro del equipo responde por las prestaciones defectuosas en el ámbito de sus propias funciones<sup>517</sup>. En este sentido, conforme se verificó en la división vertical del trabajo, en principio la enfermera como subordinada del médico<sup>518</sup> (en razón de la titulación) debería seguir las instrucciones del mismo

<sup>515</sup> PUPPE, I.: "División del trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica" en *Revista InDret*, Octubre\_2006, Barcelona, p. 4.

<sup>516</sup> PIÑA ROCHEFORT, J.: *Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del Derecho penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 2005, p. 351.

<sup>517</sup> JORGE BARREIRO, A.: *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Ed. Tecnos, Madrid. 1990, p. 76.

<sup>518</sup> La jurisprudencia ha reconocido la dependencia de la enfermera respecto del médico, *vid.*, SJP Arrecife de 9 de julio de 2013 Nº. 3 (ROJ 47/2013) (Pte. Oleaga Orué-Rementería) Fundamento de Derecho primero.

al no estar en su *rol* corregir la actuación del galeno. Así las cosas, el hecho de desconocer lo nocivo que puede llegar a ser la medicación para el paciente, la enfermera realiza un comportamiento inocuo y cotidiano<sup>519</sup>; es decir, un *acto neutral*<sup>520</sup>, erigiéndose como autor el médico por ser quien crea el riesgo que finalmente se concreta en el resultado. Siendo inviable a nuestro entender, la aplicación de la prohibición de regreso en favor del cirujano.

Pese a lo dicho, veamos como difieren las consecuencias modificando las circunstancias en el mismo ejemplo ¿qué pasaría si la enfermera advierte la peligrosidad de la orden del médico y aun así inyecta al paciente la medicación? ¿afectaría esta circunstancia al título de imputación del hombre de atrás?. GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, resuelve este dilema fundamentado en que la responsabilidad del médico no se vería alterada, pues en la medida en que el conocimiento del sujeto de adelante (la enfermera) no afecte a las posiciones normativas que corresponden al hombre de atrás (médico) respecto del paciente, tampoco afectará a su título de imputación. En consecuencia, una vez más, la prohibición de regreso es inviable para el facultativo. No obstante, de advertir la enfermera sobre las posibles consecuencias por la errónea prescripción del medicamento, el principio de confianza decaería pudiéndose originar un deber de obrar para ésta y en consecuencia fundamentar la responsabilidad penal si la enfermera se muestra impasible ante dicha situación<sup>521</sup>. Y si sugerimos un supuesto más extremo, ¿qué pasaría si la enfermera conociese exactamente los efectos que producirá el fármaco en el paciente y de todas maneras lo inyecta? Independientemente de calificar la conducta como dolosa, creemos que la enfermera tendría el deber de informar sobre la peligrosidad de la disposición impartida por el médico, pues como advierte HUERTA TOCILDO, a la enfermera se le atribuye

---

<sup>519</sup> MARAVER GÓMEZ, M.: El principio de confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva, Ed. Civitas, Pamplona. 2009, p. 237.

<sup>520</sup> Respecto de los «actos neutrales», SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: «Blanqueo de capitales y abogacía», en *Revista InDret*, Enero\_2008, Barcelona. p. 30 y ss., hace una clara exposición sobre esta teoría haciendo uso de interesantes precisiones doctrinales y jurisprudenciales.

<sup>521</sup> GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, F.: Intervención delictiva e imprudencia, Ed. Comares, Granada. 2004, p. 269.

un espectro de protección del paciente<sup>522</sup>. Con esto se puede verificar, que el actuar conforme al *rol* de cada persona no es del todo estanco, ya que se tendrá que atender a las circunstancias que rodean la situación.

Para terminar este supuesto, resulta novedosa la solución invirtiendo el caso, *scil.*, la enfermera se equivoca en la preparación del medicamento prescrito correctamente por el cirujano<sup>523</sup>. Frente a estas circunstancias, siendo fiel con la teoría del *rol* y la competencia, la enfermera será quien responda por homicidio imprudente, en razón de que es ella quien prepara el compuesto (injerencia); y no solo que niega la competencia del cirujano (al no ser su decisión) sino que al mismo tiempo, mediante la creación del riesgo, fundamenta la suya<sup>524</sup>. Así las cosas, a nuestro entender, constatadas las circunstancias de este nuevo supuesto, ahora sí que la prohibición de regreso sería aplicable en favor del facultativo (cirujano).

Una situación aún más extrema es la que esgrime CHOCLÁN MONTALVO, en el caso del médico que “resuelve dar la muerte a uno de los enfermos sometidos a su asistencia, y para conseguirlo entrega a la enfermera una jeringuilla de inyecciones que previamente ha llenado de una sustancia venenosa igual en cantidad y color al medicamento que venía empleándose ahora. La enfermera, creyendo que se trata de la misma medicina utilizada en ocasiones anteriores, inyecta el contenido de la jeringuilla causando la muerte del paciente. En este caso, la enfermera estaba autorizada a confiar en el médico, pues no le competía el control del riesgo de muerte por inyectar la sustancia venenosa y por ello su deber de cuidado no resultó infringido”<sup>525</sup>.

<sup>522</sup> HUERTA TOCILDO, S.: Problemas fundamentales de los delitos de omisión, Ed. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, p. 175.

<sup>523</sup> La SAP León de 16 de enero de 2012 (ROJ 36/2012) (Pte. Santos Fernández) conoce de un caso por el cual se responsabiliza a la ATS y al médico del deceso de la paciente por equivocación de jeringas en un procedimiento de quimioterapia. La ATS por entregar las jeringas equivocadas al médico y éste por no realizar un segunda comprobación y no prestar el cuidado debido.

<sup>524</sup> GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, F.: Intervención delictiva e imprudencia, Ed. Comares, Granada. 2004, p. 289.

<sup>525</sup> CHOCLÁN MONTALVO, J.: Deber de cuidado y delito imprudente, Ed. Bosch, Barcelona. 1998, p. 114.

En razón a la solución anotada *supra*, la enfermera sólo recibe la disponibilidad fáctica de la fuente de peligro, limitándose únicamente a administrar al paciente lo que ha decidido el médico; por tanto, no es más que un instrumento<sup>526</sup>, y evidentemente la prohibición de regreso queda negada para el galeno.

De las soluciones anteriormente detalladas, se puede decir que guardan coherencia con la teoría del *rol* y la competencia. Pese a ello, se hace evidente un problema con el que no estamos de acuerdo. Detectado por la enfermera (entendemos que bastaría con que perciba) el riesgo palpable de suministrarse dicho fármaco (alteración de la «normalidad operativa»<sup>527</sup>) su actuar sería inocuo, pues su conducta estaría encasillada en el *rol* y las competencias que le asisten. Asunto que nos parece inadmisibile, si compartimos el razonamiento de RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, calificando de injusto e insostenible el castigar a quien formalmente infringe su competencia, mientras que aquella persona que podría evitar el resultado lesivo por estar fácticamente a su alcance, quedase exenta de responsabilidad por haber actuado conforme al ámbito de sus competencias (cumpliendo estrictamente el rol social que le correspondía). Asunto que como ya hemos hecho mención, representa una confusión de los fines últimos del Derecho penal. De ahí que nos aventuremos inclusive en apreciar dolo eventual si la enfermera llegase a tener la certeza de que la persona de atrás (médico) pudo haber errado en la indicación del fármaco, y que amparada en el principio de confianza y en los conocimientos del médico (superior) decide no hacer nada. Bajo este supuesto, aquella sería autora de las lesiones al paciente, pues como enseña DONNA, su responsabilidad estriba en una acción libre y consciente que conduciría a la producción del resultado<sup>528</sup>.

---

<sup>526</sup> GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, F.: Intervención delictiva e imprudencia, Ed. Comares, Granada. 2004, p. 294. Un caso en el que se exige de responsabilidad a la enfermera, *vid.* STS de 15 de enero de 1986 (ROJ 49/1986) (Pte. Latour Brotóns).

<sup>527</sup> En la jurisprudencia *vid.* SAP Toledo de 26 de abril de 2004 (ROJ 407/2004) (Pte. Gutiérrez Sánchez-Caro).

<sup>528</sup> DONNA, E.: La autoría y la participación criminal, Ed. Comares, Granada. 2008, p. 78.

De esta manera, quedan al descubierto la incoherente y si se quiere injusta solución, si se valora la forma de actuar únicamente desde el ámbito del *rol* y de las competencias de cada persona, sin tomar en cuenta las circunstancias que rodean el caso en concreto. Lo que representa que se descarte cualquier conducta alterativa en procura de salvaguardar los bienes jurídicos de supremo valor: salud y vida<sup>529</sup>. Cuestión con la cual, se estaría contradiciendo lo sostenido en líneas precedentes respecto a que el Derecho penal debe aspirar a proteger bienes jurídicos, bienes que poseen un valor en sí mismos y que exigen del ciudadano que está en disposición de evitar su lesión que no se abstenga y que lo haga<sup>530</sup>.

### 3.3. La prohibición de regreso en la división horizontal del trabajo

Al estudiar el régimen de la división horizontal de trabajo, se dijo que una de las características es la relación entre “iguales”, donde la subordinación en principio es nula. Factor a tomar en consideración a efectos de analizar los supuestos, en los que la prohibición de regreso pueda ser viable, y de esta forma imputar a quien origine un riesgo que luego se concrete en el resultado; dejando a salvo a quien cuya conducta se halle alejada del mismo.

No es ajeno a la realidad los supuestos en los que comportamientos descuidados considerados como graves, no se puedan imputar penalmente por carecer de la suficiente entidad que posibiliten la lesión al bien jurídico, siendo

---

<sup>529</sup> Al respecto la jurisprudencia ha explicado que cuando se ponga en juego la vida humana con gran peligrosidad “el deber normativo de la convivencia social exige que, con los medios utilizados, se emplee toda clase de diligencia ante la intensidad que presenta la posibilidad del resultado”, vid. STS de 11 de junio de 1982 (ROJ 271/1982) (Pte. Huerta y Álvarez de Lara) re cogiendo este razonamiento *vid.* STS de 13 de octubre de 1981 (ROJ 5168/1981) (Pte. Gómez de Liaño Cobaleda). Es importante recurrir a la siempre provechosa jurisprudencia del Tribunal Constitucional en cuya Sentencia de 16 de diciembre de 1996 (ECLI: ES:TC:1996:207) (Pte. Rodríguez Bereijo) se precisa el ámbito de protección constitucionalmente protegido que a más del derecho a la salud física y mental de las personas, también lo hace de manera autónoma en el derecho a la integridad corporal “así pues, y aunque el derecho a la integridad física se encuentra evidentemente conectado con el derecho a la salud (tal y como señalamos en la STS 35/1996, fundamento jurídico 3º), su ámbito constitucionalmente protegido **no se reduce exclusivamente a aquellos casos en que exista un riesgo o daño para la salud**, pues dicho derecho resulta afectado por «toda clase de intervención (en el cuerpo) que carezca del consentimiento de su titular»”. [La negrita es de origen]

<sup>530</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p. 360.

este el terreno preciso para analizar la aplicación de la prohibición de regreso con miras a dirimir responsabilidades.

Así las cosas ¿cuáles serían las consecuencias si producto de una intervención quirúrgica el paciente resulta lesionado a sabiendas de que en dicha práctica confluyen varios facultativos? ¿A quién se le atribuiría la responsabilidad por un nefasto resultado? ¿A quién se le imputaría la lesión o la muerte del paciente? En la práctica no es baladí resolver este dilema; empero, se intentaría dirimir la responsabilidad penal con base en las competencias o el rol de cada persona. Argumento que en no pocas ocasiones es adoptado por la jurisprudencia<sup>531</sup>.

Una vez más, en aras de tener un análisis más práctico, nos serviremos del ámbito médico-quirúrgico, área en donde producto de la interacción de varios sanitarios, las posibilidades de cometer errores se muestran como evidentes. Siendo oportuno determinar de entre ellas, cuál es la que se muestra distante de contribuir a la creación de un riesgo no permitido, devenido del cumplimiento de las funciones que a cada uno le corresponde.

Algunos autores fundamentan la prohibición de regreso en la «autorresponsabilidad» como la imposibilidad de imputar a un sujeto por un acto que libremente ha realizado otra persona. En este sentido, DIEL entiende que no se puede responsabilizar a una persona cuando interviene en el acto libre de un tercero, puesto que aquel, no influiría con libertad y capacidad de «autodeterminación» en la producción del resultado al dejar de contar con la «dominabilidad» objetiva del curso lesivo<sup>532</sup>. Al hilo de esto, la doctrina legitima

---

<sup>531</sup> En este sentido, la STS de 5 de febrero de 1990 (ROJ 14832/1990) (Pte. Carrero Ramos) delimitando la parcela profesional de cada integrante del grupo médico indica “Aunque el cirujano fuera el director técnico de la operación quirúrgica, el anestesista en su área especial de actuación conserva su propia responsabilidad”; también, delimitando la función del anestesista la STS de 3 de octubre de 1997 (ROJ 5836/1997) (Pte. García-Calvo Montiel) señala “la relación profesional del médico anestesista con el paciente al que asiste no le compromete a su curación, sino a proporcionarle todos los cuidados que requiera por su actividad medial en una intervención quirúrgica realizada por otro profesional en la que debe anestesiar debidamente al enfermo y lograr su adecuada reanimación en el postoperatorio”.

<sup>532</sup> DIEL cit. en MARAVER GÓMEZ, M.: El principio de confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva, Ed. Civitas, Pamplona. 2009, p. 235.

la prohibición de regreso tomando como base la inimputabilidad de quien no ha contribuido al resultado, cuya característica esencial recae en el acto libre y responsable de quien si aporta a la producción del mismo. En consonancia con esta idea, RENZIKOWSKI explica que la teoría de la prohibición de regreso estriba en que lo que realiza un tercero a partir de su propia autonomía o libertad, no se le pueda imputar al primer sujeto. Para ser más claros, cada individuo en la medida en que tiene reconocido un ámbito de autonomía y libertad, sólo puede ser hecho responsable de aquello que realiza de forma autónoma en el marco de ese ámbito. Así las cosas, desde el momento en que interviene un tercero de manera responsable, se establece una prohibición de regreso y el primer sujeto solo puede responder a título de partícipe. De igual manera, no se podría aplicar la prohibición de regreso cuando el tercero realiza una conducta omisiva y no modifica el riesgo inicial<sup>533</sup>; o cuando el sujeto ostenta la posición de garante de protección del bien jurídico.

---

<sup>533</sup> RENZIKOWSKI, cit. en MARAVER GÓMEZ, M.: El principio de confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva, Ed. Civitas, Pamplona. 2009, p. 236. En la jurisprudencia la STS de 4 de septiembre de 1991 (ROJ 7509/1991) (Pte. Martínez-Pereda Rodríguez) conoce de un supuesto en que el anestesista abandona la sala de quirófano para participar de otra operación que se desarrollaba en distinta sala de diferente piso del hospital; ausencia efectuada con el consentimiento del cirujano, y tras sufrir el paciente una crisis respiratoria sin contar con el auxilio del anestesista quien era competente para el caso, el paciente fallece. El tribunal a más de condenar como autores al cirujano y anestesista, lo hace también con el Médico Director del Hospital, por haber conocido y autorizado que un único anestesista se ausente para atender en diferentes quirófanos a la vez, conducta que fue considerada como causal conjuntamente con la de los otros encausados para que se concrete el resultado lesivo. El texto del fallo reza “Si no hubiera tolerado [*scil.* el Médico Director] una peligrosa y gravemente negligente práctica. Es evidente que el encargado de la anestesia, su control, vigilancia y efectos, hubiera detectado aquellos primeros síntomas de anormalidad, al anestesista, su control, vigilancia y efectos, hubiera detectado aquellos primeros síntomas de anormalidad, al permanecer junto al paciente, que percibidos tardíamente por el cirujano, no permitió que pudiera evitarse el fatal desenlace, que era perfectamente previsible”. De lo relatado a nuestro entender se puede concluir que pese a la omisión tanto del anestesista como del cirujano en cumplir con sus respectivos deberes (el anestesista, no abandonar al paciente y el cirujano, no permitir abandonar al anestesista la sala de operaciones) no modifican el riesgo inicial originado por el Médico Director, consistente en que pese haber tenido previo conocimiento consienta y autorice como consta en el fallo, la intervención en diferentes quirófanos por parte de un único anestesista. Asunto que tal parece, imposibilita la aplicación del principio de prohibición de regreso en favor de la exculpación del Médico Director del Hospital. En este sentido la STS de 15 de enero de 1986 (ROJ 49/1986) (Pte. Latour Brotons) resuelve un supuesto en que Médico Adjunto sin advertir a MIR sobre la contraindicación de suministrar a paciente estreptomina debido a reacciones alérgicas, éste con tan ambiguas instrucciones y «sin cuidarse a su vez de pedir las necesarias aclaraciones», dispone que se inyecte «Farmapén», cuya composición contiene estreptomina, compuesto que a la postre ocasionaría el fallecimiento del paciente. Conforme los hechos, no obstante que es un tercero –MIR– quien dispone el medicamento que causa la reacción alérgica y consecuentemente el deceso del paciente, la conducta del Médico Adjunto (no advierte que paciente era alérgico a la «estreptomina») origina el riesgo inicial

## 3.3.1. El médico como garante

En el ámbito de nuestra investigación, la imputación de un resultado lesivo producto del trabajo en equipo (*v.gr.* la actividad médico-quirúrgica) en el que generalmente intervienen varias personas de forma simultánea, se parte de que el responsable de su correcto desarrollo sea quien ostente la calidad de garante (generalmente el cirujano jefe), en clara alusión a aquella persona que es competente para evitar determinados daños. Competencia que sólo surgirá en virtud de situaciones especiales; no obstante, dicha calidad (garante) no sólo que descansaría en una sola persona, por poner un ejemplo, en el ámbito médico quirúrgico, el jefe de equipo, pues como lo afirma REYES ALVARADO, la garantía nace de las expectativas de comportamiento derivadas de diversos roles sociales, pese a que desde el punto de vista jurídico todos tenemos la posición de garante en procura de evitar resultados lesivos<sup>534</sup>.

En este orden de cosas, GÓMEZ RIVERO considera factible atribuir la calidad de garante al médico cuando se haya comprometido con el paciente o haya asumido su tratamiento, *v.gr.* el cirujano que comienza una intervención y luego la abandona, o el médico de urgencia que desampara al enfermo tras comenzar a realizar los primeros auxilios<sup>535</sup>. En estos supuestos, la posición de garante del médico no se extingue.

---

que finalmente se concreta en el resultado, siendo así que conforme a nuestro comprender la prohibición de regreso se hace inaplicable para el Médico Adjunto.

<sup>534</sup> REYES ALVARADO, YESID: Imputación objetiva, Ed. Temis, Santa Fé de Bogotá-Colombia. 1994, p. 333, "...si la existencia de una posición de garante es lo que permite edificar un juicio genérico de imputación objetiva, la presencia de esa misma posición de garante será lo que sirva para fundamentar la prohibición de regreso". En la jurisprudencia, la STS de 27 de noviembre de 2001 (ROJ 9257/2001) (Pte. Granados Pérez) calificando como garantes a varios médicos responsables del fallecimiento de una paciente, señala "La posición de garante de los cuatro acusados [*scil.* los médicos] aparece incuestionable en cuanto les incumbía atender a la salud de la paciente y estaban en posición de dominio sobre lo que había que decidir para atajar, con los medios precisos, una progresiva y negativa evolución de su estado físico".

<sup>535</sup> GÓMEZ RIVERO, M.<sup>a</sup> C.: La responsabilidad Penal del Médico, 2.<sup>a</sup> edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2008, p. 465. En referencia al nacimiento de la garantía del médico respecto del paciente la STS de 7 de diciembre de 1993 (ROJ 8442/1993) (Pte. Montero Fernández-Cid) condena como autor a anestesista que incumplió sus deberes como garante de la vida de la paciente a quien intervenían quirúrgicamente, cuyo texto del fallo en la parte pertinente, explica "Como responsable final del buen éxito de la intervención en cuanto al estado general de la paciente a través de medios tan peligrosos como revela la praxis cotidiana como la anestesia o

Dicho lo anterior, en el ámbito médico-quirúrgico, en principio el cirujano será quien tenga la responsabilidad de la conducta de todos sus colaboradores, máxime que la doctrina y la jurisprudencia lo viene a identificar como «jefe del equipo médico»<sup>536</sup>. Sin embargo, esta concepción no acredita, en todos los casos, a que el jefe del equipo médico sea quien garantice el velar sobre todos los riesgos que pudiesen suscitarse durante el procedimiento médico<sup>537</sup>. Pues de acuerdo a lo que habíamos anotado *supra*, todos son garantes en relación a sus ámbitos de acción, tomando en cuenta que todo el equipo está comprometido a no lesionar bienes jurídicos de primer orden como la salud y la vida del paciente. Al respecto, MARAVER GÓMEZ, considera que para delimitar la responsabilidad, se acotará los distintos ámbitos de competencia, lo que permitirá conocer hasta qué punto el hecho lesivo es imputable de manera objetiva al sujeto, y de ahí aplicar el principio de prohibición de regreso.

En otras palabras, se trata de decidir si la conducta ha de interpretarse necesariamente como integrante de un plan delictivo propio o ajeno, o si por el contrario, se hace posible una interpretación diferente; lo que haga viable que el sujeto pueda distanciarse del plan aquel en el que participa el tercero, y de esta manera, al no suponer riesgo especial alguno, la conducta se presente como inocua o cotidiana.

La autorresponsabilidad no se basa en tomar como referencia el ámbito de responsabilidad ajeno para limitar el propio, sino que se centra únicamente en la conducta del primer sujeto para destacar que «no todo es asunto de

---

la transfusión sanguínea, no agotó las medidas de cuidado exigibles que le imponía su posición de garante del riesgo...”

<sup>536</sup> Entre la jurisprudencia menor, la SJP Arrecife de 9 de julio de 2013 (ROJ 47/2013) (Pte. Oleaga Orué-Rementería) precisa que es “el jefe de equipo o director, es sin dudarle aquel en el cual el paciente ha depositado toda su confianza y es el que ha de responder en todo caso si se ha omitido una prueba de comprobación...”; haciendo una relación de referencias en la doctrina y la jurisprudencia, *vid.* n. 145, p. 40, de este trabajo.

<sup>537</sup> Al respecto, la STS de 10 de octubre de 1979 (ROJ 398271979) (Pte. Gómez de Liaño Cobaleda) especifica “no puede atribuirse al Jefe del equipo quirúrgico el deber de vigilancia que corresponde a otro miembro del mismo [...] y porque no puede tener vivencia delictiva la falta imprudente en el campo de la actividad médica por el riesgo que comporta toda operación quirúrgica y la confianza que engendra el comportamiento de los demás intervinientes”.

todos»<sup>538</sup>, puesto que habrá supuestos en que determinadas conductas no tengan incidencia alguna en la producción del resultado o que su contribución esté alejada de incurrir en un hecho delictivo, teniendo lugar el principio de la prohibición de regreso.

---

<sup>538</sup> MARAVER GÓMEZ, M.: El principio de confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva, Ed. Civitas, Pamplona. 2009, pp. 237 y s. En la práctica jurisprudencial, la STS de 19 de julio de 2002 (ROJ 14032/1993) (Pte. Moyna Ménguez) se condena a la anestesista en razón de las funciones que le eran de su exclusiva competencia y negando las responsabilidades en las que pudieron incurrir el resto de miembros del equipo médico que actuaron con ella, e inclusive la del Director del Hospital acusado por faltar a sus deberes de coordinación y vigilancia en relación con la conducta reprochable de la anestesista (ausentarse en reiteradas ocasiones de la sala de operaciones) entendiéndose a nuestro criterio la posibilidad de aplicar el principio de prohibición de regreso a favor del Director del establecimiento de salud. Al tratarse de la prohibición de regreso, estoy pensando en la relación de trabajo de forma sucesiva *v.gr.* el supuesto en que el médico general remite al especialista en alergología para luego del respectivo estudio poderle suministrar el tratamiento adecuado. El médico general con plena confianza y apoyado en los resultados del alergólogo, indica un fármaco que finalmente produce reacciones en el paciente, ocasionándole lesiones graves. De acuerdo a nuestro entender el autor del resultado causado en el paciente sería exclusivamente el médico especialista en alergología siendo inviable la imputación del médico general por aplicación del principio de prohibición de regreso.

## **CAPÍTULO III**

# **AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN IMPRUDENTE EN LA ACTIVIDAD MÉDICO-SANITARIA**

## CAPÍTULO III

### III. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN IMPRUDENTE EN LA ACTIVIDAD MÉDICO-SANITARIA

#### 1. Posicionamiento de la doctrina especializada en derecho penal médico

La teoría de la autoría y participación se ha erigido como uno de los problemas de difícil solución en el campo penal. Empero, los avances que se han venido dando, así como las diversas opiniones doctrinales en este sentido han constituido matices a esta problemática<sup>539</sup>.

Ya se ha recalcado que la actividad médica-sanitaria en los tiempos que corren constituye una labor difícilmente llevada a cabo por una sola persona, siendo lo más frecuente que en su organización intervengan más de un individuo; y, en ocasiones, se la realice en grupo. De ahí la dificultad de concretar qué conducta ha contribuido al hecho, tomando en cuenta que cada interviniente se desempeña en razón a su ámbito de competencia. Pese a esto, si bien es cierto que la medicina se la practica en grupo (de forma simultánea o sucesiva)<sup>540</sup>, las consecuencias por un nefasto resultado no necesariamente se deberán endosar a todo el equipo. Siendo pertinente delimitar el grado de aportación de cada conducta al resultado lo que ayude a establecer la autoría y participación en el supuesto de hecho.

Antes de adentrarnos en el análisis de la autoría y participación en el delito imprudente, es pertinente aclarar las dos concepciones mantenidas al respecto; es decir: quienes no hacen distinción entre la autoría y la participación (concepto unitario de autor) y aquellos que establecen dicha diferencia (concepto restrictivo de autor).

---

<sup>539</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: "Autoría", en LUZÓN PEÑA, D. (dir.) *Enciclopedia Penal Básica*. Ed. Comares, Granada. 2002, p. 139.

<sup>540</sup> Ejemplo de trabajo sucesivo, el médico de familia que remite al especialista al paciente; y, por trabajo simultáneo, el ámbito médico-quirúrgico.

Entre los primeros, GÓMEZ RIVERO considera una responsabilidad conjunta en base a la autoría accesoria. Así la autora en el supuesto en que el médico general que remite a un paciente al especialista a sabiendas de su falta de preparación e incapacidad notoria para tratarlo, lo califica como «cooperador necesario» apreciando incluso dolo eventual<sup>541</sup>. En otro supuesto, considera «coautor» imprudente al anestesista que comprueba como «dato fáctico» la incapacidad del cirujano con el que va a actuar (*v.gr.* enfermedad o embriaguez) no estándole permitido su exoneración de responsabilidad<sup>542</sup>.

También el superior jerárquico podrá ser responsable en el acto mismo del nombramiento o en la posterior omisión de vigilancia, *v.gr.* el médico que ordena a una persona que no posee título de diplomado en enfermería para que inyecte un fármaco. En este último supuesto, la citada autora llega a considerar como colaboración necesaria a la imprudencia de quien realiza materialmente el acto (inyectar); asunto que se traduce en una forma de «coautoría accesoria» imprudente junto con la responsabilidad en que incurriere el subordinado. Idéntica respuesta se ofrece si el inferior jerárquico al percatarse de la incapacidad del superior con el que actúa se muestra apacible y no evita el resultado lesivo, en cuyo caso dicho subordinado se convierte en coautor accesorio imprudente junto con su superior<sup>543</sup>.

De los supuestos antes referidos, GÓMEZ RIVERO partiendo de la autoría accesoria califica cierta conducta como cooperación necesaria, sin más, o la hace equivaler a la coautoría, y en otros casos llega a apreciar coautoría accesoria descartando así la posibilidad de diferenciar claramente al autor y el partícipe.

Diferenciando el autor y el partícipe, JORGE BARRERIO opta por un concepto restrictivo de autor basado en el dominio objetivo-positivo del hecho para delimitar la autoría de un hecho imprudente. Aquel, propone algunas

---

<sup>541</sup> GÓMEZ RIVERO, M.<sup>a</sup> C.: La responsabilidad Penal del Médico, 2.<sup>a</sup> edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2008, p. 413.

<sup>542</sup> *Ibíd.*, p. 421.

<sup>543</sup> *Ibíd.*, p. 443.

soluciones haciéndolas depender de la división horizontal y vertical de trabajo. Respecto a la primera modalidad (horizontal del trabajo) soluciona con la coautoría o en determinados casos con la autoría accesoria, calificaciones que dependerán de la existencia o no de un acuerdo<sup>544</sup> entre los intervinientes<sup>545</sup>.

Así las cosas, se hablará de coautoría imprudente en el supuesto de dos cirujanos que sin tomar cada cual las mínimas precauciones de asepsia intervienen al mismo tiempo y determinan la septicemia causante del fallecimiento del paciente<sup>546</sup>, o el cirujano y anestesista “que proceden de común acuerdo a realizar una intervención quirúrgica en condiciones irregulares, como sería el caso de que el anestesista atendiera simultáneamente dos quirófanos con la connivencia del cirujano”<sup>547</sup>. Concomitantemente, la falta de acuerdo hace que en lugar de calificar una conducta como coautoría se tenga que apreciar una «autoría accesoria imprudente».

SILVA SÁNCHEZ, en su monografía *Medicinas Alternativas e Imprudencia Médica*, en relación al caso de transfusiones de sangre contaminada<sup>548</sup> diferencia el autor y partícipe. El penalista español explica que el incumplimiento de los deberes inherentes al superior jerárquico generará que éste responda a título de partícipe imprudente en el hecho causado por el sujeto que depende de aquel (delegado), considerándolo a este último como autor. De esta manera considera la posibilidad de atribuir responsabilidad a título de autoría o participación en función a la forma de contribuir activa u omisa al hecho delictivo: “la regla general es la siguiente: se estima autor en

---

<sup>544</sup> El común acuerdo no podrá referirse al resultado, pero sí a la conducta imprudente, que puede ser obra conjunta de varios sujetos, cfr. JORGE BARREIRO, A.: *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Ed. Tecnos, Madrid. 1990, nota 75, p. 126.

<sup>545</sup> JORGE BARREIRO, A.: *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Ed. Tecnos, Madrid. 1990, p. 126.

<sup>546</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Derecho penal de la culpa*, Ed. Bosch, Barcelona. 1958, p. 513.

<sup>547</sup> JORGE BARREIRO, A.: *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Ed. Tecnos, Madrid. 1990, p. 126; en la jurisprudencia *vid.* la STS de 10 de octubre de 1979 (ROJ 3982/1979) (Pte. Gómez de Liaño Cobaleda); también la STS de 7 de julio de 1993 (ROJ 14032/1993) (Pte. Moyna Ménguez).

<sup>548</sup> En referencia a la STS de 18 de noviembre de 1991 (ROJ 6345/1991) (Pte. De Vega Ruiz) ya citada en este trabajo, *vid.* n. 298, p. 81, cap. I.

comisión activa a quien *realiza* el hecho activamente de modo directo o mediato (esto es, instrumentalizando a otros); partícipe en comisión activa es todo aquél que *contribuye activamente al hecho del autor* (salvo que se limite a realizar labores «estándar», fungibles, sin propia connotación delictiva); autor en comisión por omisión será, en principio, sólo aquel en cuya esfera de competencia se hallaba la *evitación* directa del hecho (esto es, en principio, sólo el superior jerárquico inmediato a quien ejecutó activamente el delito; o, en el caso de las cosas peligrosas, quien ostentara el control inmediato sobre las mismas); partícipes en comisión por omisión serán, en cambio, todos aquellos otros superiores (mediatos) en cuya esfera de competencia se hallaba la posibilidad de *instar* a la evitación del hecho. A todas estas estructuras debe superponerse el título de imputación subjetiva, que aquí, en general, será la imprudencia<sup>549</sup>.

SOTO NIETO, comentando<sup>550</sup> la STS de 23 de octubre de 2001<sup>551</sup>, en la que se dirime la responsabilidad del ginecólogo y el anestesista por el fallecimiento de una parturienta, establece la diferencia entre autor y partícipe fundamentado en la teoría del dominio objetivo y positivo del hecho. Entiende que la autoría estaría ligada a la realización del hecho típico, en tanto que los partícipes se mueven en una zona periférica no confundible con ese reducto de esencialidad<sup>552</sup>. El caso en cuestión se resuelve bajo la modalidad de coautoría imprudente exigiéndose un aporte material objetivo a más de un acuerdo entre los intervinientes. El fallo del tribunal juzgador condena al ginecólogo y anestesista como coautores de un delito de homicidio imprudente: el primero, por no percatarse de la abundante pérdida de sangre en la parturienta, y el segundo por no prestar atención a los aparatos que mostraban un descenso de las constantes vitales en la paciente. De esta forma, el tribunal juzgador considera autores “de un solo delito de imprudencia, a cuya comisión habría

<sup>549</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.: *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, Ed. Bosch, Barcelona. 1999, p. 33.

<sup>550</sup> SOTO NIETO, F.: “Coautoría en los delitos de imprudencia médica”, en *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía La Ley*, núm. 7, 2002, p. 1774.

<sup>551</sup> STS de 23 de octubre de 2001 (ROJ 8179/2001) (Pte. Jiménez Villarejo)

<sup>552</sup> SOTO NIETO, F.: “Coautoría en los delitos de imprudencia médica”, en *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía La Ley*, núm. 7, 2002, p. 1775.

concurrido cada uno de ellos con una actuación distinta aunque íntimamente conectada la una con la otra [...] Médicos ginecólogo y anestesista se concertaron para llevar a término la operación de cesárea en el entendimiento de que la misma suponía la simultánea y particular intervención que a cada uno de tales especialistas les venía atribuida. Realización conjunta del hecho –esquivable condición de autoría– merced al despliegue de los actos singulares propios de cada facultativo, siempre sintonizantes con el deber objetivo de cuidado que la normativa legal, experiencia y buen hacer aconsejaban”<sup>553</sup>.

Señalado lo anterior, SOTO NIETO explica que la voluntad será el factor diferenciador del acuerdo entre los delitos imprudentes y los dolosos. Este penalista en lugar de “un deliberado encaminamiento hacia el logro de su resultado” (dolo) para la imprudencia propone la “existencia –expresa o tácita– de un proyecto de actuación común de lícita organización, sin más riesgo inherente que el tolerado normativa y socialmente”<sup>554</sup>.

---

<sup>553</sup> *Ibíd.*, p. 1776. No obstante, es de destacar el matiz que el autor hace en un primer momento en relación a la actuación del ginecólogo, esto es: “Probablemente el primero que debió advertir la situación que se estaba creando fue el ginecólogo, más directamente obligado a controlar esta incidencia mediante la cuantificación de sangre aspirada mecánicamente y de la empapada por las compresas”; con lo cual al parecer se estaría delimitando las competencias de cada actuante y quizá poniendo en efectividad el principio de confianza en favor del anestesista.

<sup>554</sup> *Ibíd.*, p. 1775. Sobre el acuerdo JORGE BARREIRO, A.: La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Ed. Tecnos, Madrid. 1990, nota 75, p. 126 “El común acuerdo no podrá referirse al resultado, pero sí a la conducta imprudente”. Entre la jurisprudencia haciendo referencia a parámetros sociales en procura de evitar la infracción del deber de cuidado, *vid.* STS de 13 de octubre de 1981 (ROJ 5168/1981) (Pte. Gómez de Liaño Cobaleda) “exigido por la norma socio-cultural o jurídica en la actuación de determinadas conductas dentro del interés de la convivencia humana”; STS de 6 de febrero de 1991 (ROJ 16400/1991) (Pte. De Vega Ruiz) “La esencia de la culpa consiste primordialmente en la omisión del deber de cuidado normalmente exigido por el ordenamiento jurídico, por las costumbres o por las reglas de convivencia social”; STS de 24 de noviembre de 1989 (ROJ 6719/1989) (Pte. García Pérez) “No pudiendo sostenerse, en el presente caso, que la conducta del procesado carezca de antijuricidad, por falta de reproche social, al desarrollar una actividad médica con riesgo jurídicamente tolerado”; STS de 4 de septiembre de 1991 (ROJ 7509/1991) (Pte. Martínez-Pereda Rodríguez) “la génesis de la imprudencia influyen más a menudo los aspectos humanos y sociales que los propiamente científicos y profesionales”; STS de 13 de noviembre de 1992 (ROJ 8416/1992) (Pte. García Miguel) “es indudable que no venía obligado a la observancia de un deber objetivo de cuidado que viniera impuesto por las leyes o reglamentos, ni por normas sociales ni derivadas de la común experiencia”; STS de 22 de octubre de 2015 (ROJ 4374/2015) (Pte. Palomo del Arco) “La alusión a la «repulsa social», debe ser interpretada conforme a los criterios del Código Penal”; STS de 26 de febrero de 2001 (ROJ 1430/2001) (Pte. Ramos Gancedo); STS de 31 de mayo de 1982 (ROJ 286/1982) (Pte. Vivas Marzal).

## 1.1. Concepto unitario de autor

El concepto unitario de autor proveniente de la teoría de la equivalencia de condiciones se caracteriza por renunciar a la distinción entre autor y partícipe (entendiendo como partícipe la intervención en el hecho de otro), agrupando todas las formas de intervención en el delito bajo una única figura de autoría, con denominaciones generales como: participación, intervención, colaboración, codeincuencia; o empleando expresiones similares<sup>555</sup>.

Con este modelo, se considera a todos los intervinientes como autores sin entrar a establecer el grado de aportación realizado. De esta manera todas las intervenciones sobre un mismo hecho son valorativamente equivalentes (todos son autores) y el injusto de cada uno de los intervinientes es independiente de la acción realizada por los demás. Pese a ello, desde el concepto unitario en su versión moderna (concepto unitario funcional), si bien no reconoce la participación se propone varias clases de autor de acuerdo a la forma de intervención en el delito. Así tenemos al autor por determinación, autor por colaboración y autor inmediato<sup>556</sup>; clasificación poco acogida por las legislaciones modernas<sup>557</sup>.

Este concepto de autor rechaza el principio de accesoriedad –propio del concepto de autor restrictivo– el cual considera que el injusto de cada interviniente en el delito deba ser valorado con independencia de los demás<sup>558</sup>,

---

<sup>555</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: La autoría en Derecho penal. Ed. PPU, Barcelona. 1991, p. 47.

<sup>556</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: La autoría en Derecho penal. Ed. PPU, Barcelona. 1991, p. 10.

<sup>557</sup> En la actualidad difícilmente se puede hablar de un concepto unitario de autor en las legislaciones penales salvo como menciona PEÑARANDA RAMOS, E.: La participación en el delito y el principio de accesoriedad, Ed. B de F. Montevideo-Buenos Aires. 1990, p. 259, el CP italiano de 1930 y el austriaco de 1974; y, de existir, muy seguramente este estaría ampliamente limitado por las disposiciones de la parte general en materia de punibilidad y tentativa, aproximándose más a un concepto unitario funcional de autor, pero nunca a un concepto puro unitario de autoría. En el CP español conforme RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p. 321, la cuestión está abierta “de manera que es labor del intérprete averiguar el concepto de autor (unitario o restrictivo) adoptado positivamente”.

<sup>558</sup> Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: La autoría en Derecho penal. Ed. PPU, Barcelona. 1991, p. 117.

lo que implica que cada autor lo sea de forma autónoma respondiendo por su propia acción con independencia de la intervención del resto. Así las cosas, la condición de autor por colaboración o por determinación no estará supeditada a la existencia demostrada de un autor inmediato; es decir, del ejecutor del hecho.

### 1.1.1. Críticas al concepto unitario de autor

Gran parte de las críticas que la doctrina hace al sistema unitario de autor (puro) se sustentan en el rechazo al principio de accesoriedad<sup>559</sup> y por ende en la excesiva extensión de la responsabilidad criminal<sup>560</sup>. A este respecto y sin pretender abordar todas aquellas posturas ya que significaría apartarnos del tema central que nos ocupa, es conveniente acotar las más relevantes. Su notoria contradicción con los postulados de un Estado de Derecho supondría una extensión de los tipos penales que reñiría con la función garantista, al pretender que toda conducta tipificada en la parte Especial del CP se castigue como autoría, dejando de lado la oportunidad de diferenciar entre aquellas conductas que puedan resultar menos lesivas para el bien jurídico<sup>561</sup>.

---

<sup>559</sup> PÉREZ ALONSO, E.: La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal, Ed. Comares, Granada. 1998, p. 134. Así, se afirma que la accesoriedad no es producto de la ley, ella está en la naturaleza misma de la cosa. Así, si se defiende la accesoriedad cualitativa estricta, se requiere que en el hecho del autor concurren la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. La accesoriedad cualitativa, por tanto, hace depender del hecho del partícipe de ciertas cualidades del hecho del autor principal. Ahora bien, también se puede atender, para valorar la conducta del partícipe, al criterio de la accesoriedad cuantitativa, que hace depender el castigo de la conducta del partícipe del grado de ejecución alcanzado por la acción del autor; una clasificación anterior es la que distingue entre accesoriedad mínima, cuando para su punición es suficiente que el autor principal haya concretado un tipo legal; accesoriedad limitada, si la realización del tipo por parte del autor principal tiene que ser antijurídica; la accesoriedad es máxima tan pronto como se exige que el autor principal haya actuado también culpablemente; y es «hiperaccesoria» cuando las condiciones personales del autor principal, que tienen por efecto aumentar o disminuir la penalidad, se transmiten al partícipe, cfr. BOCKELMANN, P.: Relaciones entre autoría y participación, trad. FONTÁN BALESTRA, C., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires-Argentina. 1960, p. 7.

<sup>560</sup> PEÑARANDA RAMOS, E.: La participación en el delito y el principio de accesoriedad, Ed. B de F. Montevideo-Buenos Aires. 1990, p. 261.

<sup>561</sup> En desacuerdo al referirse como poco acertada esta aseveración, respecto a la no armonía del modelo unitario de autor con los preceptos de un Estado de Derecho, y más precisamente con el principio de legalidad, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: La autoría en Derecho penal. Ed. PPU, Barcelona. 1991, p. 130: "...la existencia de preceptos en la parte general que interpretan de modo claro en un sentido extensivo los tipos de la parte especial salvaría, al menos formalmente, el principio básico del derecho penal en un Estado de Derecho: el principio de legalidad estricta".

Otra de las críticas radica en que el modelo unitario no consigue distinguir el desvalor de acción de cada interviniente siendo suficiente que el sujeto realice una aportación causal para que sea considerado como autor del delito<sup>562</sup>. Las repercusiones de adoptar este modelo (unitario de autor) tienen tal transcendencia que imposibilita detectar el específico desvalor de acción tanto en los delitos de actividad como en los de resultado e inclusive en los denominados delitos de propia mano, o aquellos que requieren la presencia de determinados requisitos objetivos o subjetivos en la persona de su autor<sup>563</sup>. Sobre esto PEÑARANDA RAMOS, explica que optar por un modelo de autor de estas características implicaría trasladarse a una época del pensamiento naturalista que en la actualidad se halla ya superado en el Derecho penal. La crítica más transcendente estriba en que en última instancia la adopción de este modelo conllevaría dejar de lado la diferenciación del grado de punibilidad entre los intervinientes, lo que es correlativo con la falta de accesoriadad entre quienes participan en el supuesto de hecho (característica propia de este modelo de autor). En definitiva, avalar el concepto unitario de autor conduciría a la incompatibilidad con un Derecho penal propio de un Estado de Derecho, pues la falta de previsión legislativa en relación a este modelo (unitario) conduciría a excesos de punición<sup>564</sup>.

## 1.2. Concepto extensivo de autor

<sup>562</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: La autoría en Derecho penal. Ed. PPU, Barcelona. 1991, p. 147. No obstante, este autor matiza esta crítica pues, no sería aplicable al concepto de autor funcional ya que se “describe las distintas formas de intervención en correspondencia con los diferentes modos de aparecer de las mismas en la realidad social cotidiana”.

<sup>563</sup> PEÑARANDA RAMOS, E.: La participación en el delito y el principio de accesoriadad, Ed. B de F. Montevideo-Buenos Aires. 1990, p. 261.

<sup>564</sup> Así, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: “Autoría”, en LUZÓN PEÑA, D. (dir.) *Enciclopedia Penal Básica*. Ed. Comares, Granada. 2002, p. 140, explica: “No obstante, el concepto unitario presenta alguna desventaja frente al restrictivo: permite una menor precisión o concreción en la delimitación de las fronteras de lo típico, dedada la usencia de accesoriadad y, además, supone que un olvido del legislador en la corrección de las consecuencias indeseadas del concepto unitario significa un exceso en la punición de conductas, mientras que un olvido por parte del legislador que parte de un concepto restrictivo implica una laguna de punición, lo que normalmente es más tolerable desde el punto de vista de los principios del Derecho penal que actualmente se defienden. En definitiva, el concepto unitario se adapta peor a los principios del Derecho penal del Estado de Derecho”.

El concepto extensivo de autor viene determinado por la idea de la equivalencia valorativa de las condiciones<sup>565</sup>. Al respecto VON LISZT, explica que “es autor todo el que pone una condición del resultado lesivo, porque todas las condiciones son equivalentes, esto es, igualmente necesarias respecto de la producción del resultado”<sup>566</sup>.

Se dice que el concepto extensivo de autor tiene «alma» unitaria y «rostro» restrictivo. Alma unitaria por partir de premisas prácticamente iguales a la del concepto unitario de autor, induciendo de esta manera a una interpretación extensiva de los tipos penales de la Parte especial del CP, retrotrayendo el concepto unitario sobre la base de que todos los que intervienen en el hecho típico son autores<sup>567</sup>. Pese a ello, esta apreciación pugnaría con la concepción histórica de la legislación penal mantenida por la generalidad de países, mismos que han venido diferenciando en sus Códigos penales, el autor y el partícipe en sus diferentes formas: inductores y cómplices o sólo cómplices. Así las cosas, la génesis del concepto extensivo de autor descansaría sobre un criterio netamente utilitario<sup>568</sup> al afirmar que es autor todo el que interviene en el proceso causal que acaba con la producción de un hecho típico, y que por tanto sólo la existencia de preceptos que describen determinadas formas de intervención (inducción y complicidad) harían que estas salgan del ámbito de la autoría para entrar en la participación<sup>569</sup>.

---

<sup>565</sup> JESCHECK, H. y WEIGEND, T.: Tratado de Derecho Penal. PG, trad. OLMEDO CARDENETE, M., 5.ª edición, Ed. Comares, Granada. 2002, p. 699.

<sup>566</sup> COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.: Derecho Penal. PG., 2.ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 1987, p. 512.

<sup>567</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: La autoría en Derecho penal. Ed. PPU, Barcelona. 1991, p. 253, hace referencia a ZIMMERL, quien emplea la palabra *Auffassung* (término no equivalente en exactitud con teoría) siendo más consecuente con concepción u opinión para referirse a la “denominada teoría de la interpretación extensiva de los tipos. La misma afirma: Los tipos legales han de ser interpretados de modo que cualquiera que sea causal para la realización de un tipo, actúa típicamente, y con ello puede ser castigado mientras lo permita su culpabilidad. Por tanto: El tipo del asesinato, quien mate a una persona, habría de interpretarse de tal modo que todo el que sea causal para la muerte de una persona, actúa típicamente; quien de modo culpable, doloso o culposo, sea causal para este resultado, ha de ser castigado por tanto como autor doloso o culposo.

<sup>568</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p. 325.

<sup>569</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: La autoría en Derecho penal. Ed. PPU, Barcelona. 1991, p. 255. Según este autor, esta sería la calve diferenciadora entre concepto unitario y concepto extensivo de autor.

Como quedó anotado *supra*, el punto de partida para que desde la concepción extensiva de autor se llegue a calificar una conducta como autoría, radica en la causalidad devenida de la teoría de la equivalencia de condiciones<sup>570</sup>, lo que conlleva a establecer una semejanza con la concepción unitaria de autor. Pese a esto, si el Derecho positivo contempla la posibilidad de distinguir entre autor y partícipe, el cometido primordial para establecer dicha diferencia desde un concepto extensivo de autor radica en buscar criterios jurídicos-penales a través de un fundamento objetivo («teorías objetivas»), proponiéndose en este sentido varias opciones. Considerando lo anterior, la tendencia a rechazar una distinción desde un punto de vista netamente objetivo implica tener en cuenta la posibilidad de diferenciar la autoría de la participación desde criterios subjetivos («teorías subjetivistas»).

#### 1.2.1. Teorías objetivas

Los defensores de estas teorías introducen criterios normativos de valoración que van más allá de la causalidad, para desde la óptica objetiva hacer una distinción entre autoría y participación. Para dicho cometido, se ha de valorar la peligrosidad objetiva entre todas las conductas determinando aquella que represente «menor peligrosidad», misma que se constituirá en una forma de participación, *v.gr.* el cómplice<sup>571</sup>.

#### 1.2.2. Teorías subjetivas

En virtud de la imposibilidad de diferenciar la autoría de la participación desde el punto de vista objetivo ya que desde la causalidad son valorativamente equivalentes, surgen las teorías subjetivas de la participación en el marco de un concepto extensivo de autor. En este sentido, será autor

---

<sup>570</sup> COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.: Derecho Penal. *PG.*, 2.ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 1987, p. 512, “rechazada en el plano de la causalidad la teoría de la equivalencia de las condiciones, no puede aceptarse el concepto extensivo de autor; pero justo es poner de manifiesto que, al margen de la concepción causal que se sustente, existen razones para rechazarlo, pues el problema de la autoría no es, sin más, una cuestión de causación, sino, en todo caso, de causación *típica*”.

<sup>571</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: La autoría en Derecho penal. Ed. PPU, Barcelona. 1991, p. 264.

quien realice una contribución causal al hecho con voluntad de autor; por el contrario, será partícipe, quien posea únicamente una voluntad de partícipe<sup>572</sup>. Sin embargo, esta distinción en principio no aportaría nada en concreto en razón a la obviedad de sus enunciados, haciendo que en el ámbito de las teorías subjetivas se hayan desarrollado dos teorías para diferenciar el autor del partícipe, a saber: la teoría del dolo y la teoría de la intención.

#### 1.2.2.1. Teoría del dolo

El fundamento de esta teoría imbrica en la identificación de la voluntad, esto es, dependerá del ánimo con el que se actúe para determinar la diferenciación entre autor y partícipe. Si la voluntad del actuante es independientemente (autónoma) respecto a la voluntad del otro, se dice que el sujeto actuó con ánimo de autor. Si la voluntad de la persona está supeditada o subordinada a la de otro sujeto (se hace depender de ésta) se dirá entonces que la acción se halla constituida con ánimo de partícipe.

Pese a lo anterior, esta teoría no deja de ser cuestionada al ser harto difícil conocer la inclinación de la voluntad del sujeto que interviene en el hecho. GIBERNAT ORDEIG, hace notar lo absurdo que puede llegar a significar que “el hecho de entregar un cuchillo, para que con él efectúe un asesinato el autor directo, será una actividad de autor o cómplice según el sujeto se diga: tengo «voluntad de ejecutar el hecho que realiza otro», o piense cuando entrega el arma: no tengo «voluntad de llevar a cabo el delito, sino sólo de facilitar una ejecución con la que no me identifico»; además de suponer un subjetivismo inadmisibile –piénsese en la persona escrupulosa que sabe que su calificación de autor depende de que tenga o no voluntad de ejecutar el hecho: constantemente se torturaría diciéndose «yo no quiero cometer el hecho, quiero que lo cometa otro», «yo no tengo voluntad de sumarme a la ejecución, sólo quiero facilitarla»-, llevaría a lagunas penosísimas”<sup>573</sup>.

<sup>572</sup> JESCHECK, H. y WEIGEND, T.: Tratado de Derecho Penal. PG, trad. OLMEDO CARDENETE, M., 5.ª edición, Ed. Comares, Granada. 2002, p. 699.

<sup>573</sup> GIBERNAT ORDEIG, E.: Autor y cómplice en Derecho penal, Ed. Universidad de Madrid. Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones e Intercambio, Madrid.1966, p. 49.

## 1.2.2.2. Teoría de la intención

Pese a que la teoría de la intención (interés<sup>574</sup>) sería de escaso seguimiento doctrinal, tuvo una importante repercusión en la jurisprudencia alemana teniendo como referentes el “caso de la bañera”<sup>575</sup> o el “caso *Statschinsky*”. No obstante, la teoría del interés considera que es autor quien tiene *animus auctoris*, es decir, cuando el autor quiere el hecho “como propio”; mientras que es partícipe cuando se actúa con *animus socci*, esto es, se quiere el hecho “como ajeno”, o lo que es lo mismo, se actúa en interés ajeno<sup>576</sup>.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO explica que “si en un caso de actuación unipersonal, el sujeto actúa en interés de otro, habría que llegar a la absurda consecuencia de que estamos ante un hecho sin autor (en sentido penal), o

<sup>574</sup> Con ese término se refiere GIMBERNAT ORDEIG, E.: Autor y cómplice en Derecho penal, Ed. Universidad de Madrid. Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones e Intercambio, Madrid.1966, p. 51.

<sup>575</sup> En mérito al interés que suscitan ambos casos, transcribimos los mismos conforme lo hace DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: La autoría en Derecho penal. Ed. PPU, Barcelona. 1991, p. 322, el “caso de la bañera”: Dos hermanas, miembros de una familia de campesinos, y ambas solteras, quedaron embarazadas en una época similar. Una de ellas perdió el niño y el padre de las hermanas, enfurecido por enterarse entonces de que una había quedado embarazada, amenazó a las hijas con expulsarlas de casa si alguna vez volvía a ocurrir algo similar. Por miedo a la amenaza del padre, la hija que seguía embarazada ocultó sus embarazo a todos, excepto a su hermana, y llegó a dar a luz a un niño vivo, con la única ayuda de ésta. Ambas discutieron qué podían hacer para que su padre no se enterara, pues temían que cumpliera su amenaza. La madre de la criatura decisión que había que deshacerse del niño y mantener oculto el suceso. Cuando la hermana estaba bañando al recién nacido, la madre le pidió fogosamente que ahogara al mismo, a lo que accedió finalmente la hermana, manteniendo al niño bajo el agua hasta que dejó de dar muestras de vida. Después se deshicieron del cadáver. El RG condenó a la hermana, que con sus propias manos había ejecutado la muerte, únicamente como cómplice de un asesinato, aduciendo que no tenía *animus auctoris*, por actuar no en interés propio, sino ajeno, de su hermana y madre de la criatura. El “caso *Statschinsky*”, ocurrió como sigue: el agente *Statschinsky*, perteneciente al servicio secreto de un país de Europa oriental, recibe el encargo de matar a dos exiliados políticos en la R.F.A., cosa que efectivamente realiza de propia mano y sin aparente coacción, utilizando una pistola con munición envenenada. *Statschinsky* fue calificado por el BGH de cómplice en asesinato. El BGH reconoce que normalmente quien comete de propia mano la acción de matar es autor, pero que, en este caso, el agente no era el interesado en el hecho, sino que los interesados eran quienes encargaron la muerte, y, por tanto, *Statschinsky* actuaba en interés ajeno y era un mero cómplice.

<sup>576</sup> ESHECK, H. y WEIGEND, T.: Tratado de Derecho Penal. PG, trad. OLMEDO CARDENETE, M., 5.<sup>a</sup> edición, Ed. Comares, Granada. 2002, p. 699. No obstante, en desacuerdo con la fórmula del interés para distinguir entre autor y partícipe, algún autor ha llegado a catalogar al *animus auctoris* y *animus socii* como «lemas sin contenido», vid. GIMBERNAT ORDEIG, E.: Autor y cómplice en Derecho penal, Ed. Universidad de Madrid. Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones e Intercambio, Madrid.1966, p. 50.

sea, ante un hecho en que, pese a darse todos los requisitos típicos (al menos aparentemente, pues, para esta teoría faltaría precisamente uno: la autoría), el Derecho penal no tiene nada que decir”. Este autor, recalca que con la aplicación de la teoría de la intención “no se explica bien cómo es posible que alguien intervenga en un delito sin tener ningún tipo de interés propio en él, pues lo hará al menos con el interés (propio) de hacer un favor a un tercero, con un fin de gratitud o, al revés, de pura inquina hacia la víctima”<sup>577</sup>.

De igual manera, siendo crítico con esta teoría JESCHECK afirma que “la fórmula de la intención no suministra para la distinción un elemento racional que pueda ser verificable, sino que abandona su delimitación a la discrecionalidad del juez”<sup>578</sup>. De ahí que GIMBERNAT ORDEIG haga referencia a las contradicciones de la jurisprudencia alemana en donde el “juez no parte de esta fórmula, sino que decide intuitivamente quién es autor y quién cómplice; y luego, para fundamentar lo averiguado irracionalmente, afirma del que ha considerado autor que ha querido el hecho como propio”<sup>579</sup>.

Dicho lo anterior, el maestro español espeta duras críticas considerando la incompatibilidad de esta teoría con la más elemental sensibilidad jurídica. Además, por ser técnicamente incorrecto el subsumir en la calidad de cómplice a un sujeto que realiza todo el tipo de un delito, calificando esta posición como una aberración<sup>580</sup>.

### 1.3. Concepto restrictivo de autor

<sup>577</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: La autoría en Derecho penal. Ed. PPU, Barcelona. 1991, pp. 323 y s.

<sup>578</sup> JESCHECK, H. y WEIGEND, T.: Tratado de Derecho Penal. PG, trad. OLMEDO CARDENETE, M., 5.ª edición, Ed. Comares, Granada. 2002, p. 700.

<sup>579</sup> GIMBERNAT ORDEIG, E.: Autor y cómplice en Derecho penal, Ed. Universidad de Madrid. Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones e Intercambio, Madrid.1966, p. 50.

<sup>580</sup> Crítica que la realiza tomando como referencia los casos jurisprudenciales alemanes “de la bañera” y el caso “*Staschynskij*”, vid. GIMBERNAT ORDEIG, E.: Autor y cómplice en Derecho penal, Ed. Universidad de Madrid. Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones e Intercambio, Madrid.1966, p. 53.

A diferencia del modelo unitario el concepto restrictivo de autor se fundamenta en el principio de accesoriedad<sup>581</sup>, lo que significa que el injusto de unos sujetos (partícipes) se haga depender de la existencia de un autor; es decir, de un hecho típico y antijurídico principal (en la accesoriedad cualitativa limitada)<sup>582</sup>, de forma que si desaparece éste se elimina también el injusto de terceros<sup>583</sup>.

La fórmula restrictiva de autor halla su fundamento en la realización del tipo penal, en cuyo caso no todos los intervinientes en el delito son autores: unos serán autores y otros partícipes. Los primeros realizan el hecho y los segundos sólo contribuyen a su realización. Así las cosas, si se hace necesaria la distinción entre autoría y participación desde un concepto restrictivo, es importante determinar los fundamentos o criterios para dicho cometido. En este contexto, es pertinente examinar la teoría objetivo-formal, la teoría objetivo-material, la teoría del dominio del hecho, entre otras.

---

<sup>581</sup> DEL CASTILLO CODES, E.: La imprudencia: autoría y participación, Ed. Dykinson S.L., Madrid. 2007, p. 200. Explica que la autoría accesoria tiene lugar cuando varias conductas, independientes entre sí, en el sentido de que los intervinientes no se han puesto previamente de acuerdo ni son conscientes de la actuación de los demás, forman el foco de riesgo del que se deriva directamente el resultado lesivo, bien entendido que ninguna de tales conductas era idónea, por sí sola, para formar el precitado peligro, *v.gr.* cuando en una maniobra de adelantamiento entre vehículos, el que adelanta lo hace a pesar de venir otro en dirección contraria, pero éste no disminuye la velocidad para intentar evitar el choque, o bien colisionan el que adelanta y el adelantado, por impericia de ambos. Se puede observar que la actuación de cada conductor es ciertamente imprudente, pero de no ser por la concurrencia de la otra conducta, el resultado lesivo no habría tenido lugar, o no habría sido tan grave.

<sup>582</sup> En este sentido RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, n. 36, p. 320, “si se defiende la accesoriedad cualitativa estricta, se requiere que en el hecho del autor concurren la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. La accesoriedad cualitativa, por tanto, hace depender el hecho del partícipe de ciertas cualidades del hecho del autor principal. Ahora bien, también se puede atender, para valorar la conducta del partícipe, al criterio de la accesoriedad cuantitativa, que hace depender el castigo de la conducta del partícipe del grado de ejecución alcanzado por la acción del autor; una clasificación anterior es la que distingue entre accesoriedad mínima, bastando que el autor principal haya concertado el tipo legal, accesoriedad limitada, la actuación del autor debe ser típica y antijurídica, accesoriedad máxima, en la que se exige que el autor sea además culpable e «hiperaccesoriedad», cuando las condiciones personales de autor principal, que tienen por efecto aumentar o disminuir la penalidad, se transmiten al partícipe”.

<sup>583</sup> La accesoriedad como elemento diferenciador de los conceptos de autor ha calado en la doctrina, llegando a que algún autor utilice este criterio –accesoriedad– para realizar la clasificación sistemática de cada una de las teorías, *vid.* SÁNCHEZ LÁZARO, F.: Intervención delictiva e imprudencia, Ed. Comares, Granada. 2004, p. 7.

### 1.3.1. Teoría objetivo-formal

La teoría objetivo-formal se caracteriza por definir al autor como aquel que ejecuta (total o parcialmente) la acción descrita en los tipos de la parte especial<sup>584</sup>. En concreto, es autor quien realiza la acción típica o alguno de sus elementos<sup>585</sup>.

Lo objetivo-formal<sup>586</sup> de esta teoría consiste en no hacer distinción entre autor y partícipe desde la concurrencia del «ánimo de autor» o del «ánimo de partícipe», parámetros éstos característicos de las teorías subjetivas<sup>587</sup>. Por el contrario, fundamentando dicha distinción en los tipos legales: es autor quien clava el puñal en el pecho de la víctima, quien toma el dinero de la caja, también quien sujeta a la mujer en la violación o amenaza con un arma a la víctima de un robo mientras toma el dinero otro coautor<sup>588</sup>. En el delito de agresión sexual (art. 178 del CP español) será no solo autor el que abusa sexualmente de la víctima, sino también el que emplea la fuerza o la

<sup>584</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: La autoría en Derecho penal. Ed. PPU, Barcelona. 1991, p. 411. El término objetivo obedece a que es empleado en oposición a las teorías subjetivas; y, formal no tanto por remitirse a los tipos —estrictamente jurídica— o lo que es lo mismo, a la descripción típica recogida en el Derecho positivo, sino por no proporcionar o identificar los criterios o elementos materiales dentro de los tipos que permiten calificar una conducta como autoría y no otra cosa.

<sup>585</sup> CERESO MIR, J.: Derecho Penal. *PG.*, 2.<sup>a</sup> edición, Ed. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2000, p. 184.

<sup>586</sup> Es formal no tanto por el hecho de remitirse a los tipos (a la descripción típica de la conducta recogida en el Derecho Positivo) ya que como se reconoce, la denominación de formal es un problema «estético» o aparente, ya que será formal sólo «en tanto que con ello se quiera significar estrictamente jurídica». Así será formal porque no proporciona o identifica los criterios o elementos materiales dentro de los tipos que permiten calificar una conducta como autoría y no otra cosa. Sobre consideraciones con mayor profundidad *vid.* DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: La autoría en Derecho penal. Ed. PPU, Barcelona. 1991, pp.443 y s.

<sup>587</sup> BENÍTEZ ORTÚZAR, I.: La participación en el delito imprudente en el Código penal español de 1995, Ed. Dykinson, Madrid. 2007, p. 56, en España, al respecto considera: “parece más correcto admitir un concepto objetivo-formal de autor para distinguir de entre las distintas aportaciones a la materialización del tipo cuáles de ellas se corresponden con las de autor y cuáles con las de partícipe, en tanto que la conducta del autor puede ser calificada como la realización del tipo a través de otro, esto es, la contribución a un hecho ajeno. Y esto es válido tanto para el delito doloso como para el delito imprudente”. Haciendo reminiscencia respecto de la evolución de la teoría objetivo-formal en Alemania, *vid.* GIMBERNAT ORDEIG, E.: Autor y cómplice en Derecho penal, Ed. Universidad de Madrid. Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones e Intercambio, Madrid.1966, p. 10 y ss. Siguiendo esta teoría y haciendo algunas consideraciones respecto de elementos subjetivos como la voluntad *vid.* OLMEDO CARDENETE, M.: La inducción como forma de participación accesoria, Ed. Edersa, Madrid. 1999, pp. 170 y s.

<sup>588</sup> MIR PUIG, S.: Derecho penal. *PG*, 10.<sup>a</sup> edición, Ed. Reppertor, Barcelona. 2015, p. 382.

intimidación sobre ella<sup>589</sup>. Sin duda uno de los penalistas que en aquella época contribuyó de gran forma con la teoría objetivo-formal fue BELING, con su trabajo *Die Lehrevom Verbrechen* en 1906<sup>590</sup>, con el que partiendo de la diferenciación entre tipicidad estricta y tipicidad amplia pudo definir el autor y el cómplice<sup>591</sup>.

Frente a las teorías unitarias que responden a aspectos netamente naturalísticos (ajenos al derecho positivo) las teorías objetivo-formales obedecen al principio de legalidad, lo que implica que el legislador haya hecho una valoración respecto al mecanismo para determinar qué conducta tendrá que considerarse como autoría o como participación, superando de esta manera uno de los principales planteamientos revelados por las teorías unitarias.

La teoría formal-objetiva se distingue en dos versiones: autor es el que realiza cualquier acción ejecutiva, y aquella que considera autor al que realiza el tipo. Para su diferenciación la doctrina atiende a criterios como el mayor grado de peligrosidad o reproche de las conductas, y la referencia al lenguaje común en el sentido de la coincidencia literal de los tipos penales con el lenguaje ordinario, identificando qué acciones son de matar, injuriar, falsificar,

---

<sup>589</sup> CERESO MIR, J.: Derecho Penal. *PG.*, 2.ª edición, Ed. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2000, p. 184.

<sup>590</sup> Referencia extraída, *ídem*.

<sup>591</sup> La fórmula que BELING realizó reza así: “a) Coautoría es conjunta «ejecución» = realización de acciones que pertenecen al núcleo del tipo. b) Complicidad es realización de una acción preparatoria o de una acción accesoria para la acción ejecutiva de otro sujeto: sujetar a la víctima durante el «ocasionamiento de la muerte», vigilar durante la «sustracción» en el hurto no son, por sí mismas, «ocasionamiento de la muerte» o «sustracción», sino colocación simultánea de una concuasa. El concepto de autor exige «ejecución conjunta» = participación en el tipo estricto. Y es ahora cuando se hace comprensible por qué el acto preparatorio para el acto de otro es punible, mientras que, aparentemente, el acto preparatorio propio no lo es. A saber: el acto preparatorio propio queda impune sólo cuando no se llega a la ejecución; en cambio, si se llega a la ejecución, la preparación, vinculada a aquélla en unidad de acción, es castigada la castigar la ejecución. Exactamente la misma base tiene el tratamiento del acto preparatorio para la acción de otro sujeto: queda impune si no es seguido de una ejecución; es punible donde ésta se dé, pero, naturalmente, como ya existen dos acciones, la del autor y la del que ha ejecutado el acto preparatorio, éste ha de ser tenido en cuenta con una pena independiente”, *vid.* GIMBERNAT ORDEIG, E.: Autor y cómplice en Derecho penal, Ed. Universidad de Madrid. Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones e Intercambio, Madrid.1966, p. 20.

etc., lo que coincide con las denominadas acciones ejecutivas<sup>592</sup>. Pese a lo anterior, desde otro sector de la doctrina se ha criticado que la teoría objetiva-formal haya podido explicar la autoría mediata, figura sobre la que algún autor ha advertido la imposibilidad de que sea adaptada al concepto objetivo-formal, creyendo lo mejor excluir la autoría mediata y concebir tales supuestos como inducción<sup>593</sup>; pues de acuerdo con GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, “no se dice por qué y de qué forma el sujeto de detrás ejecuta a través del instrumento, y si no se ofrecen las razones materiales que demandan estas preguntas no se puede ofrecer una explicación satisfactoria de la autoría mediata”<sup>594</sup>.

De igual manera, la insuficiente argumentación respecto a la coautoría hace que las críticas contra el modelo objetivo-formal se muestren poco convincentes. Ilustrando esta percepción, MIR PUIG explica “cuando alguno de los intervinientes principales no realiza ningún acto típico en sentido estricto; *ejemplo*: para alcanzar la fruta de un árbol ajeno, A sube encima de B, de modo que éste no «toma» la fruta. En suma: la teoría objetivo-formal resulta ilimitada

---

<sup>592</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: La autoría en Derecho penal. Ed. PPU, Barcelona. 1991, pp. 453 y 459. En este sentido, disintiendo con el recurso de la tipicidad y del lenguaje común como apoyo a la teoría objetivo-formal GIMBERNAT ORDEIG, E.: Autor y cómplice en Derecho penal, Ed. Universidad de Madrid. Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones e Intercambio, Madrid.1966, p. 33, “el pretendido a poyo que la teoría objetivo-formal cree encontrar en la tipicidad y en el leguaje corriente no existe. Existiría sólo si para dicha teoría autor fuese, únicamente, el que realiza la acción o acciones consumativas. Pero no es éste el caso: el concepto objetivo-formal de autor dice que lo es todo aquel que realiza una acción ejecutiva. Por ello, el recurso a la tipicidad y al lenguaje corriente carece de base”.

<sup>593</sup> Sobre la autoría mediata y su incompatibilidad con la teoría objetivo-formal, *vid.* GIMBERNAT ORDEIG, E.: Autor y cómplice en Derecho penal, Ed. Universidad de Madrid. Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones e Intercambio, Madrid.1966, p. 35 y ss.

<sup>594</sup> GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, F.: Intervención delictiva e imprudencia, Ed. Comares, Granada. 2004, p. 40 y ss. Criticando la falta de fundamento de la teoría objetiva-formal y su excesivo formalismo respecto del autor mediato MUÑOZ CONDE, F.: “Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica?”, *en Revista InDret*, núm. 9, 2002, p. 75, “donde más se notan las insuficiencias de la teoría objetiva-formal de la autoría es en los ámbitos delictivos en los que la realización del delito se produce a través de organizaciones, grupos de personas, aparatos de poder, en los que la verdadera responsabilidad de las acciones que se realizan recae en las persona que las deciden y no en las que la ejecutan, que aunque también puedan ser responsables tienen en todo caso una responsabilidad subordinada y, por tanto, accesoria de los verdaderos responsables”.

en los delitos meramente resultativos y excesivamente limitada, en cambio en los delitos de medios determinados<sup>595</sup>.

Finalmente, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO destaca el inconveniente de identificar la realización de cualquier acción ejecutiva con la autoría, enfatizando que, si bien las acciones ejecutivas representan una decisión en el sujeto activo manifiestamente contraria al bien jurídico expresadas con actos al exterior que lo ponen en peligro, hay que tomar en cuenta que no todas las acciones ejecutivas son iguales; esto es, que no encaran a la norma típica de igual manera.

Siendo así, lo fundamental del autor es que su responsabilidad es autónoma, que es el sujeto directo de la norma primera, de la que contiene cada tipo de delito y no de las extensivas (las accesorias). Por tanto, él deberá ser quien desde el punto de vista de las formas de intervención, de forma exclusiva reúna el máximo merecimiento y necesidad de pena<sup>596</sup>. Sin embargo, identificar la acción típica de autor por medio de la teoría objetivo-formal, acarrearía algunos inconvenientes, a saber: a) si el tipo describe una sola acción, cómo se puede identificar aquella en los llamados delitos puramente resultativos que no describen modalidades concretas de acción, como sí ocurre por ejemplo, con el tipo de homicidio en el que el verbo típico matar dejaría abierto el ámbito interpretativo. Pese a esto, no deja de ser una labor complicada establecer quién es autor si son varios los sujetos que realizan parcialmente la acción típica, de tal forma que, ninguno de ellos la realizaría por entero; y, b) si el tipo penal describe dos o más acciones típicas, por ejemplo, el delito de violación (actual art. 179<sup>597</sup> en relación con el art. 178<sup>598</sup> CP) de cuya literalidad se describe varias acciones típicas (violentar o intimidar a

<sup>595</sup> MIR PUIG, S.: Derecho penal. *PG*, 10.ª edición, Ed. Reppertor, Barcelona. 2015, p. 382.

<sup>596</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: La autoría en Derecho penal. Ed. PPU, Barcelona. 1991, p. 456.

<sup>597</sup> Art. 179.- Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por laguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a 12 años.

<sup>598</sup> Art. 178.- El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años.

alguien, y acceder carnalmente por vía vaginal, anal o bucal) pudiendo ser realizadas por distintos sujetos.

El problema que surge en estas circunstancias radica en establecer si la actuación de cada sujeto se subsume solo en una de las acciones descritas en el tipo o porque realiza todas las contenidas en aquel. Pretendiendo ser más precisos, (siempre tomando en consideración como punto de partida un concepto restrictivo de autor) determinar si todas las conductas que establece el tipo son conductas iguales de autoría de realización del tipo y por qué. Lo anterior, tiene una respuesta negativa, pues las conductas prescritas en el tipo no son iguales, ya que de acuerdo a DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, es lógico que autor sea quien penetre a la víctima dado el núcleo del injusto; pues lo que más interesa prohibir es la realización del ataque directo a la indemnidad sexual de la mujer antes que la amenaza a la misma. Esto es “en ciertos tipos que describen dos (o más) actividades típicas, sólo una (o algunas) de ellas constituye el centro de desvalor del injusto, el legislador quiere prohibirla más directamente que otras a las que da un carácter instrumental (aunque de altísima importancia, por lo que hay que imponerle la pena del autor a quien las realice); ésta sería la verdadera concreción de la idea de la realización del núcleo del tipo”<sup>599</sup>. De todo lo dicho, parece que podemos sacar afirmaciones concretas en referencia al ejemplo anterior. Así, autor del delito de violación será el que acceda carnalmente; en tanto que quien ejerza la fuerza se constituirá como partícipe.

### 1.3.2. Teoría objetivo-material

Pese a que las teorías objetivo-materiales y objetivo-formales comparten algunos criterios de delimitación entre autoría y participación, aquellas plantean

---

<sup>599</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: La autoría en Derecho penal. Ed. PPU, Barcelona. 1991, p. 508; el mismo “La autoría en Derecho penal. Caracterización general y especial atención al Código Penal colombiano”, en *RDPCr.*, núm. 76, 2004, p. 41 considera errónea la idea que es autor quien realiza cualquiera de las acciones del tipo, siempre prevalecerá la acción o acciones típicas nucleares. En todo caso, para determinar qué acciones son las más directamente prohibidas para subsumir una conducta en la autoría, habrá que analizar cada tipo penal.

otras opciones<sup>600</sup>. La teoría objetivo-material se caracteriza por apoyar su objetividad (al igual que la objetiva-formal) en criterios que difieren respecto a la actitud interna de los intervinientes en un hecho (subjeto). Sin embargo, se ha buscado diferenciar estas teorías partiendo de razones materiales o sustantivas, escudriñando criterios que vayan más allá de la mera remisión a los tipos para que desde ahí identificar las formas de autoría y participación. Empero, el no hacer referencia al tipo penal en busca de fundamentos materiales hace que se acuda a criterios extrajurídicos de la tipicidad en aras de establecer la autoría<sup>601</sup>, lo cual resulta dudosamente válido en Derecho.

Así las cosas, en lugar de indagar la causalidad conforme la teoría de la *conditio sine qua non* (lo que suponía afirmar que todas las contribuciones así relacionadas con el hecho típico eran constitutivas de autoría, como lo hace el concepto unitario de autor) la teoría objetivo-material lo hace partiendo de la existencia de aportaciones causales de más valor, esto es, por ser las más directas respecto a la producción del hecho delictivo. Pese a esto las teorías objetivo-materiales desde un concepto restrictivo de autor coherente, resultan rechazables al no poder distinguir la autoría de la participación en la relación de causalidad, por tratarse de conceptos prejurídicos, conceptos ontológicos o sociales, merecedores de un valor relativo, o en el peor de los casos, indiciario. Por otro lado, el no recurrir a la literalidad del tipo penal atentaría a un Derecho penal fundamentado en principios como la legalidad, taxatividad, determinación, etc., independientemente de que los tipos penales se hallen bien o mal redactados e inclusive sean más o menos acertados.

Con independencia de lo anterior, existen posiciones dentro de las teorías objetivo-materiales que a efectos de la delimitación de la responsabilidad penal entre profesionales sanitarios se hace imperioso destacar, mismos que se fundamentan en el rango (igualdad o dependencia) o en la ordenación entre los intervinientes (*supra* y subordinación), aspecto que

---

<sup>600</sup> Destacando otras versiones de teorías respecto al concepto objetivo-material, *vid.* GIMBERNAT ORDEIG, E.: Autor y cómplice en Derecho penal, Ed. Universidad de Madrid. Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones e Intercambio, Madrid.1966, p. 115 y ss.

<sup>601</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: "La autoría en Derecho penal. Caracterización general y especial atención al Código Penal colombiano", en *RDPCr.*, núm. 76, 2004, p. 42.

recuerda lo ya analizado en la división del trabajo en referencia a la estructura y el contenido del injusto. AL respecto, DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO considera que se podrían destacar dos teorías: la primera, aquella que fundamenta la distinción entre autor y partícipe en el ámbito directo e indirecto de la causalidad<sup>602</sup>, y la segunda, haciendo una ampliación de lo que ROXIN denomina “la teoría de la supraordinación del autor y la subordinación del partícipe o de la coordinación o igualdad de los coautores”<sup>603</sup>.

#### 1.4. La autoría imprudente como cuestión de imputación objetiva a partir de la concepción de ROXIN: Dominio del hecho

Si bien el avance de la teoría del dominio del hecho se la debe a ROXIN con su obra *Täterschaft und Tatherrschaft*<sup>604</sup>, la génesis de la misma se la endosa a WELZEL, sin que ello signifique que esta concepción en relación al concepto de autor sea defendida solo en el campo finalista<sup>605</sup>.

Para la teoría del dominio del hecho, autor es quien domina el hecho delictivo, el que con su actuación decide el si y el cómo de la producción del delito o quien dirigiendo el proceso direcciona la consecución del resultado<sup>606</sup>. Si bien son muchos autores los que han escrito sobre esta teoría<sup>607</sup>, es ROXIN

<sup>602</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: La autoría en Derecho penal. Ed. PPU, Barcelona. 1991, pp. 539 y ss. Se cita varios autores exponiendo algunas teorías.

<sup>603</sup> *Ibid.*, p. 542, haciendo referencia a que ROXIN denomina a esta teoría como «teoría de la supraordinación»; no obstante, la traducción del alemán que hacen CUELLO CONTRERAS, J. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J., optan por la expresión «teoría de la supremacía», cfr. ROXIN, C.: Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, trad. de la 7.<sup>a</sup> edición alemana por CUELLO CONTRERAS, J. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J., Ed. Marcial Pons, Madrid. 2000, p. 69.

<sup>604</sup> Con esta obra ROXIN parte de dos principios rectores: la consideración del autor como figura central del delito y la configuración del dominio del hecho como un concepto abierto, *vid.* GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, F.: Intervención delictiva e imprudencia, Ed. Comares, Granada. 2004, p. 50,

<sup>605</sup> GIMBERNAT ORDEIG, E.: Autor y cómplice en Derecho penal, Ed. Universidad de Madrid. Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones e Intercambio, Madrid.1966, p. 124.

<sup>606</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: La autoría en Derecho penal. Ed. PPU, Barcelona. 1991, p. 547.

<sup>607</sup> Se puede consultar las referencias a otros autores en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: La autoría en Derecho penal. Ed. PPU, Barcelona. 1991, p. 548 y en GIMBERNAT ORDEIG, E.: Autor y cómplice en Derecho penal, Ed. Universidad de Madrid. Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones e Intercambio, Madrid.1966, p. 123 y ss.; GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, F.: Intervención delictiva e imprudencia, Ed. Comares, Granada. 2004, p. 49 y ss.

el que ha elaborado la construcción más completa y clara, erigiéndose como la más influyente<sup>608</sup>. Para construir la idea de dominio de autor como elemento fundamentador de la autoría en Derecho penal, el maestro alemán parte de la apreciación de una «figura central»<sup>609</sup>. Haciéndonos de sus palabras “autor es la figura central del acontecer en forma de acción”<sup>610</sup>.

De esta manera el concepto de «figura central», por una parte determinaría el punto de vista legal que fundamenta la delimitación, y por otra, el baremo de diferenciación pre-jurídico claramente aprehensible<sup>611</sup>. ROXIN intenta clasificar tres formas de dominio del hecho distinguiendo la autoría inmediata, la autoría mediata y la coautoría. Así el brillante autor alemán establece la siguiente clasificación: el dominio de la acción<sup>612</sup> (fundamenta la autoría individual), el dominio de la voluntad<sup>613</sup> (que explica la autoría mediata), y el dominio funcional<sup>614</sup> (expresión de la coautoría).

Respecto al dominio de la acción, se hace referencia a quien realiza los elementos del tipo de propia mano, es decir “quien, no coaccionado y sin ser dependiente de modo superior a lo socialmente normal, realiza todos los elementos del tipo de propia mano<sup>615</sup>, es autor, quien en todos los supuestos imaginables tiene el dominio del hecho”<sup>616</sup>. De esta manera, se parte de una

<sup>608</sup> Así califica el desarrollo de la teoría del dominio del hecho DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: La autoría en Derecho penal. Ed. PPU, Barcelona. 1991, p. 546.

<sup>609</sup> En todo delito existe una figura central que será autor el mismo, lo cual permitirá completar los elementos típicos y, sobre todo, identificar el papel que corresponde al resto de intervinientes, si es que habido una pluralidad de sujetos.

<sup>610</sup> ROXIN, C.: Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, trad. de la 7.<sup>a</sup> edición alemana por CUELLO CONTRERAS, J. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J., Ed. Marcial Pons, Madrid. 2000, p. 44.

<sup>611</sup> *Ibíd.*, p. 45

<sup>612</sup> *Ibíd.*, pp. 551 y ss.

<sup>613</sup> *Ibíd.*, pp. 555 y ss.

<sup>614</sup> *Ibíd.*, pp. 305 y ss.

<sup>615</sup> Por propia mano desde un concepto naturalista como un cuerpo (animado) determinado; y, la propia mano como concepto normativo, concebida como propiedad o pertenencia a una persona, esto es, como parte del ámbito de organización de un titular de deberes y derechos, vid. JAKOBS, G., (Presentación) en SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: El denominado “delito de propia mano”, Ed. Dykinson S.L., Madrid. 2004, p. 17.

<sup>616</sup> En este sentido ROXIN, C.: Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, trad. de la 7.<sup>a</sup> edición alemana por CUELLO CONTRERAS, J. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J., Ed. Marcial Pons, Madrid. 2000, p. 351 indica que “se trata aquí del prototipo de la autoría, de

cuestión que ha propiciado intenso debate desde siempre: ¿cómo es posible y fundamentable que pueda ser autor quien no ha ejecutado el hecho por sí mismo?<sup>617</sup> Al respecto, ROXIN hace referencia al dominio de la voluntad en clara alusión a la autoría mediata<sup>618</sup>, siempre que se domine la voluntad de otro<sup>619</sup>. Dicho dominio conforme lo explica el maestro alemán se puede llevar a cabo mediante: coacción sobre el hombre que ejecuta el hecho de manera directa utilizando inimputables (menores o enfermos mentales), y por último, valiéndose de aparatos organizados de poder<sup>620</sup>. Así las cosas cabe la posibilidad en afirmar que el dominio de la voluntad sobre el titular del dominio de la acción fundamenta el dominio del hecho<sup>621</sup>.

Por otro lado, la autoría se atribuiría al dominio funcional del hecho desde la coautoría siempre que se la conciba como dominio del hecho en conjunto. En este sentido, la teoría radica en que cada acción sea considerada esencial en la producción del resultado final. Esto se puede verificar en el atracador del banco con la pistola o quien interviene en un asesinato sujetando a la víctima. De esta manera el interviniente no puede ejecutar nada solo.

Así las cosas, la intimidación a los empleados del banco o el sujetar a la víctima no realiza el resultado; únicamente si el compinche coopera funciona el plan. Pero también el otro se ve igualmente desamparado, pues de no quedar inmovilizados los empleados del banco sería detenido, y de no sujetar nadie a

---

la manifestación más evidente de la figura central, de un supuesto en que coinciden incuestionablemente la «concepción natural de la vida» y la valoración del legislador. No puede denominarse un hecho de manera más clara que cuando lo realiza uno mismo; no se puede mantener en las propias manos de modo más firme que cuando se actúa de propia mano”.

<sup>617</sup> En estos casos en mérito a la falta de acción ejecutiva del sujeto detrás, el dominio del hecho sólo puede basarse en el poder de la voluntad rectora, *vid.* ROXIN, C.: Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, trad. de la 7.<sup>a</sup> edición alemana por CUELLO CONTRERAS, J. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J., Ed. Marcial Pons, Madrid. 2000, p. 166.

<sup>618</sup> Sobre la autoría mediata nos ocuparemos más adelante, *vid., infra*, cap. III, 3.

<sup>619</sup> No obstante, a decir de CERESO MIR, J.: Derecho Penal. PG., 2.<sup>a</sup> edición, Ed. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2000, p. 186, considera artificiosa la distinción que ROXIN realiza entre dominio de acción y dominio de la voluntad, pues, a decir de este autor la voluntad es el factor que impulsa y configura la acción. Si se tiene el dominio de la voluntad, se tiene el dominio de la acción.

<sup>620</sup> ROXIN, C.: Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, trad. de la 7.<sup>a</sup> edición alemana por CUELLO CONTRERAS, J. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J., Ed. Marcial Pons, Madrid. 2000, p. 166.

<sup>621</sup> *Ibíd.*, p. 167.

la víctima, ésta se defendería o huiría. En consecuencia, el plan sólo se podrá concretar si se actúa en conjunto, puesto que la consecuencia de actuar por separado puede anular el plan conjunto si alguno retira su aportación, lo que representaría que cada uno tenga el hecho en sus manos<sup>622</sup>. Independientemente de esta caracterización, únicamente se podrá hablar de autoría en los casos en que las aportaciones se realicen en fase ejecutiva y siempre que exista un acuerdo<sup>623</sup> entre los intervinientes.

### 1.5. La teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho

La teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho, construcción elaborada por LUZÓN PEÑA (pensada originalmente para los delitos imprudentes pero extensible de igual forma para los dolosos) y completada por DÍAZ GARCÍA CONLLEDO, ha procurado subsanar los vacíos que ROXIN dejó en relación a esta teoría. Dichos autores parten de una idea distinta de teoría del dominio del hecho en alusión a lo que califican como determinación objetiva y positiva del hecho, tomando en cuenta criterios que no dependen de la voluntad del agente<sup>624</sup>, sino del control del curso de los acontecimientos hacia el resultado (hecho típico) producido. Así las cosas, será autor quien domine o controle objetivamente el hecho<sup>625</sup>. En consecuencia, para que un sujeto sea autor de un hecho tendrá que «dominar» o «controlar» objetivamente el

<sup>622</sup> ROXIN, C.: Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, trad. de la 7.ª edición alemana por CUELLO CONTRERAS, J. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J., Ed. Marcial Pons, Madrid. 2000, p. 309.

<sup>623</sup> *Ibíd.*, p. 316.

<sup>624</sup> LUZÓN PEÑA, D.: “La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado”, en *ADPCP*, t. 42, 1989, p. 900, propone una fórmula valedera para los delitos dolosos y para los delitos imprudentes, la misma se explica de esta manera: para los delitos dolosos: determinación objetiva + dolo = dominio del hecho; y, para los delitos imprudentes, agrega el término «potencial», así: determinación objetiva (sin dolo) = dominio potencial del hecho, que sobre la misma se refiere como una “fórmula adicional explicativa del criterio de la determinación objetiva del curso causal” añadiendo “hablar de dominio potencial (como criterio auxiliar para precisar la autoría imprudente) en el sentido de que sólo le falta el dolo para ser auténtico dominio, pero que hay determinación objetiva real (no potencial) del hecho”.

<sup>625</sup> Al respecto, *ibíd.*, p. 894, explica “por mucho que alguien quiera que se produzca el resultado y quiera contribuir a ello o incluso quiera dominar, controlar o dirigir el acontecimiento, no será autor si realmente no domina o controla el hecho”

mismo<sup>626</sup>. La determinación objetiva del hecho “implica que tal conducta, consciente o inconsciente, de hecho marca o configura decisivamente y sin dejar libre capacidad de respuesta el curso del acontecer típico (el curso causal), fija el sí y el cómo del mismo, e impulsa forzosamente o desvía las cosas en una determinada dirección, concretamente hacia la producción del resultado. Esta determinación positiva del acontecimiento es, como se ve, distinta y más que el mero «poder o capacidad de impedir o contener» el curso del hecho, no ya una actividad positiva, sino con la simple pasividad, poder que algunos consideran suficiente para la autoría, pero que no es más que un dominio potencial negativo, más simplemente, «dominio negativo», característico de una forma de simple participación como la cooperación necesaria<sup>627</sup>.

La anterior fórmula es completada por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, partiendo de un fundamento normativo, esto es, que la figura del autor estará referida al ataque más directo a la prohibición, a la mayor peligrosidad objetiva para la lesión del bien jurídico, al mayor interés o perentoriedad (urgencia) en la prohibición<sup>628</sup>. En consecuencia, autor “es quien, reuniendo los elementos personales o especiales de la autoría exigidos por algunos tipos, y cumpliendo el resto de los elementos del tipo, solo e inmediatamente (autor inmediato individual, concurren o no otros intervinientes), a través de otro al que utiliza como instrumento (autor mediato), o mediante la actuación conjunta con otros (coautor), domina el hecho, es decir, determina objetiva y positivamente el curso del suceso<sup>629</sup>”.

---

<sup>626</sup> LUZÓN PEÑA, D.: “La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado”, en *ADPCP*, t. 42, 1989, p. 894, hace referencia a control o dominio en el sentido de que “por mucho que alguien quiera que se produzca el resultado y quiera contribuir a ello o incluso quiera dominar, controlar, o dirigir el acontecimiento, no será autor si realmente no domina o controla el hecho”.

<sup>627</sup> LUZÓN PEÑA, D.: “La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado”, en *ADPCP*, t. 42, 1989, pp. 895 y s.

<sup>628</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: *La autoría en Derecho penal*. Ed. PPU, Barcelona. 1991, p. 638.

<sup>629</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: *La autoría en Derecho penal*. Ed. PPU, Barcelona. 1991, p. 691.

### 1.5.1. Críticas a la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho

Entre las críticas esgrimidas a la teoría del dominio objetivo y positivo del hecho por algunos autores españoles<sup>630</sup>, se ha propuesto implementar un concepto de autor basado en la idea de la competencia. El punto nuclear en el que descansan dichas críticas hacen referencia a la determinación objetiva del hecho negando una base objetiva del dominio del hecho, ya que como lo explica SÁNCHEZ LÁZARO, “no siempre es un momento objetivo lo que permite hablar de control o dominio cuando se añade conciencia y voluntad. Porque, de hecho, una de las tres formas de dominio, el llamado dominio de la voluntad, se fundamenta esencialmente en momentos subjetivos, como la existencia de un desequilibrio cognoscitivo entre los distintos intervinientes (esto es, sujeto de detrás y de delante), o normativos, como la falta de responsabilidad criminal en el sujeto de delante”<sup>631</sup>.

El rechazo de los fundamentos para explicar la autoría desde una óptica meramente objetiva ha merecido algunas consideraciones, como el prescindir de los elementos subjetivos del tipo, acarreado el calificar como autores a individuos cuya conducta carece de relevancia penal. No teniendo asidero considerar como autor, por ejemplo, a quien (es) se encuentra amparado por un caso fortuito<sup>632</sup>. En consecuencia, esta teoría estaría destinada a “desdoblar el concepto de autor, hablando de una «autoría en sentido penal», donde sí

<sup>630</sup> GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, F.: Intervención delictiva e imprudencia, Ed. Comares, Granada. 2004, p. 64 y ss.; DEL CASTILLO CODES, E.: La imprudencia: autoría y participación, Ed. Dykinson S.L., Madrid. 2007, p. 81 y ss.; VILLACAMPA ESTIARTE, C.: Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales, Ed. Aranzadi, Navarra. 2003, p. 234 y ss.

<sup>631</sup> GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, F.: Intervención delictiva e imprudencia, Ed. Comares, Granada. 2004, pp. 68 y s.

<sup>632</sup> HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.: La autoría mediata en Derecho Penal, Ed. Comares, Granada. 1996, p. 136 señala que “para saber si estamos ante una acción de autoría no es suficiente con que extraigamos la parte objetiva del comportamiento del sujeto y la comparemos con la conducta objetiva que recoge un tipo penal. Este procedimiento conduciría a atribuir hechos objetivos a un sujeto, y esa tarea no tiene relevancia penal alguna, porque esos hechos no están desvalorados por la norma jurídico penal. La autoría se predica de los hechos típicos, con sus elementos objetivos y subjetivos, lo que significa que autor sólo puede serlo aquél que actúa, como mínimo, de forma típica.

tendrían un papel fundamentador el dolo y la imprudencia, o a independizar la autoría de lo injusto, recursos éstos que evidencian que, si se parte de criterios de la naturaleza del propuesto por estos penalistas, la circunstancia de que el sujeto sepa o no sepa no es «algo secundario para determinar quién es autor», por lo menos quién es autor «en sentido penal»<sup>633</sup>. Así las cosas, la contradicción en la que incurre la teoría de la determinación objetiva se muestra como evidente al no poder explicar la figura del autor penal sin recurrir a la parte subjetiva del tipo. Es más, desde esta teoría, no es posible defender un concepto personal de injusto, siendo inviable considerar autor a un sujeto que ni siquiera ha infringido una norma penal<sup>634</sup>. En este orden de ideas, la teoría de la determinación objetiva del hecho, denotaría su contradicción en los supuestos de autoría mediata, ya que el obviar la parte subjetiva del tipo representaría tomar en consideración un argumento causalista, dificultando de esta forma explicar la relación existente entre el instrumento y la persona de atrás<sup>635</sup>.

<sup>633</sup> GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, F.: Intervención delictiva e imprudencia, Ed. Comares, Granada. 2004, p.70.

<sup>634</sup> HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.: La autoría mediata en Derecho Penal, Ed. Comares, Granada. 1996, p. 73.

<sup>635</sup> *Ídem.*, al respecto, discrepando que la aportación objetiva del hecho sea la que determine objetivamente, explica: “por ejemplo: en el caso de la enfermera, que sin sospechar nada, y por indicación del médico, conocedor de todo ello, pone una inyección letal a la paciente, es difícilmente aceptable que sea la enfermera la que tienen el sí y el cómo del hecho de la muerte. Sólo si se concibe la actuación de las personas humanas como meros procesos causales sujetas únicamente a las leyes físico-naturales, podría llegarse a esa conclusión. El sí del resultado *pasa* por sus manos, por sus acción, es un eslabón más del curso causal, pero no es la enfermera quien decide que se mate al paciente, ni decide con qué medios, ni a qué sujeto; si sustituyéramos a la enfermera por un instrumento mecánico, tendríamos que decir que la determinación objetiva del hecho la tiene también el instrumento mecánico, y no quien lo utiliza. La autoría, aunque es un elemento objetivo, no puede hacerse depender sólo de quien ejecuta materialmente la parte objetiva de los tipos penales, sino de todos los elementos, incluidos los subjetivos. Por ejemplo, quien toma una cosa mueble ajena no determina el hecho de hurto, sino quien se apropia de ella con ánimo de lucro. No puede considerarse autor a un sujeto que ni siquiera ha infringido una norma penal. Las acciones de la enfermera y del que toma la cosa no son las que infringen de modo primario la norma jurídico penal, pues éstas prohíben las acciones dolosas o imprudentes, y no cualquier acción objetivamente peligrosa o lesiva para un bien jurídico”; GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, F.: Intervención delictiva e imprudencia, Ed. Comares, Granada. 2004, p.68, explica: “la exigencia de que el sujeto de delante determine el hecho, adelanto ya que, a mi juicio, refleja una de las contradicciones que muestra el concepto que defienden estos penalistas, y que expondré a continuación para justificar su rechazo. Porque, según entiendo, la determinación del hecho es el momento que define y fundamenta la autoría, y si es necesario que en el instrumento concorra tal momento, es porque algo no cuadra en la teoría de LUZÓN”; siguiendo este punto, y pese a reconocer mérito a LUZÓN PEÑA al deslindar la objetividad respecto de la subjetividad del dominio del hecho, VILLACAMPA ESTIARTE, C.: Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución

Una vez analizados los criterios de la teoría del dominio objetivo y positivo del hecho nos parece que la misma constituye un acercamiento aceptable a la idea restrictiva de autor permitiendo que este concepto (autor) no se desvincule del tipo penal, y de esta forma, guarde sintonía con el principio de legalidad, que como vimos *supra*, fue objeto de cuestionamiento por quienes están en desacuerdo con esta teoría. Con el propósito de establecer en cabeza de quién está el «si» y el «cómo» de la realización típica, se atenderá a que el sujeto a más de reunir los elementos personales y especiales descritos en el tipo penal tenga que ejecutar el resto de elementos del tipo<sup>636</sup>, requerimiento que a nuestro entender, resulta de trascendental importancia pues conforme lo explica DÍAZ Y GARCÍA COLLEDO, “el que se trate de una determinación o dominio objetivo hace que el criterio sirva también para los delitos imprudentes; el que se exija que sea positivo (es decir, que decida realmente el si y el cómo del hecho y no meramente su posible no producción) evita extensiones del concepto de autor que harían perder las ventajas de un auténtico concepto restrictivo”<sup>637</sup>.

En este punto, es pertinente destacar que LUZÓN PEÑA utilizando el dominio potencial del hecho emplea el dolo para comprobar si la acción imprudente llevada a cabo por el sujeto ha determinado objetivamente o no el resultado. Se trata de un criterio auxiliar para precisar la autoría imprudente consistente en una “*fórmula heurística*, del que se sirve para averiguar cuál ha sido la conducta imprudente que efectivamente ha determinado objetiva y positivamente el hecho. La operación de análisis y comprobación consiste en añadir el elemento subjetivo (dolo) a conductas imprudentes llevadas a cabo por un sujeto. Si de ello resulta que si hubiera habido dolo habría habido dominio positivo del hecho, entonces se deduce que lo que realmente sí existe

---

de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales, Ed. Aranzadi, Navarra. 2003, p. 234 manifiesta: “el concepto de autor defendido por este autor no consigue evitar una excesiva dependencia del aporte causal en la determinación de la autoría”.

<sup>636</sup> Aplicable a todas las formas de autoría: autor inmediato, autor mediato y coautor.

<sup>637</sup> DÍAZ Y GARCÍA COLLEDO, M.: “La autoría en Derecho penal. Caracterización general y especial atención al Código Penal colombiano”, en *RDPCr.*, núm. 76, 2004, p. 45.

es una determinación objetiva del hecho efectiva y real<sup>638</sup>. La fórmula propuesta para este cometido es la siguiente: determinación objetiva + dolo = dominio del hecho; determinación objetiva (sin dolo) = dominio potencial del hecho<sup>639</sup>.

Finalmente, entre las críticas más acentuadas a esta teoría, destaca el que se prescinde del componente subjetivo. Apreciación que a nuestro parecer, peca de exagerada, pudiendo en todo caso considerar que sólo se relativiza su importancia, pues conforme lo especifica DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, no se pretende ignorar que los elementos subjetivos de la conducta de los intervinientes puedan tener influencia en la apreciación de un dominio o determinación, sino que simplemente se trata de resaltar lo que es propio, característico o exclusivo de la autoría (en delitos dolosos o imprudentes)<sup>640</sup>. Así las cosas ¿es posible que prescindiendo del elemento subjetivo en la explicación de la autoría se puede llegar al absurdo de atribuir hechos objetivos que no están desvalorados penalmente a un sujeto? Se argumenta que desde la determinación objetiva del hecho se puede llegar a atribuir un resultado concreto a un hecho natural, ya que “es perfectamente admisible y usual hablar de «decidir» una situación o el curso de los acontecimientos queriendo o sin querer, conscientemente o incluso sin darse cuenta, y hasta sucede que a veces lo que «decide» o es «decisivo» es, no ya una conducta humana, sino la intervención de un ser irracional o un fenómeno de la naturaleza”<sup>641</sup>.

Dicho lo inmediatamente anterior, la teoría de la determinación objetiva del hecho posibilitaría identificar, qué es lo que ha producido un resultado que a los ojos del Derecho penal puede significar de interés. Así, si un fenómeno de la naturaleza es el determinante del hecho, resulta intrascendente comprobar

<sup>638</sup> ROSO CAÑADILLAS, R.: Autoría y participación imprudente, Ed. Comares, Granada, 2002, p. 344; en el mismo sentido DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: La autoría en Derecho penal. Ed. PPU, Barcelona. 1991, p. 629.

<sup>639</sup> LUZÓN PEÑA, D.: “La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado”, en *ADPCP*, t. 42, 1989, p. 900.

<sup>640</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: “La autoría en Derecho penal. Caracterización general y especial atención al Código Penal colombiano”, en *RDPCr.*, núm. 76, 2004, p. 46.

<sup>641</sup> LUZÓN PEÑA, D.: “La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado”, en *ADPCP*, t. 42, 1989, p. 897.

los otros elementos de la estructura del tipo, pues la constatación de esta circunstancia hará que el hecho en cuestión sea irrelevante a los ojos del Derecho penal. En contrario, si se demuestra que lo que ha determinado el hecho se trata de una conducta humana conforme el criterio propuesto, se continuará analizando el resto de elementos del tipo en aras de establecer si es posible desvalorar dicha acción jurídico-penalmente. Con independencia de lo anterior, desde una visión jurídica, permitirá ordenar las conductas (si las habido) posibilitando determinar si se trata de intervenciones de autoría o participación<sup>642</sup>.

De lo examinado, parece que un concepto restrictivo de autor a partir de la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho sería lo más conveniente en consonancia con un Derecho penal que opera bajo los presupuestos de un Estado Social y Democrático de Derecho<sup>643</sup>. De este modo, será la determinación objetiva del hecho el «sustrato» en donde se halle la base para determinar al autor tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes. En el primer caso, será necesario que el sujeto añada decisión y una dirección consciente y final; y, en el segundo, bastará la determinación objetiva y positiva del resultado típico por parte del sujeto<sup>644</sup>.

#### 1.6. La autoría conforme la teoría de la competencia sobre la fuente de peligro

---

<sup>642</sup> Así se explica DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: La autoría en Derecho penal. Ed. PPU, Barcelona. 1991, p. 581 “lo importante es que hemos comprobado que lo realmente imprescindible para que se hable de cualquier clase de autoría es que se realice una acción que suponga un dominio, una determinación del hecho típico nuclear; si no hay quien ponga la inyección, a sabiendas o no, ya no existe tal acción y decae, por tanto, toda posibilidad de hablar de autoría, sea inmediata o sea mediata (lo demás serán añadido, se ubiquen donde se ubiquen)”.

<sup>643</sup> De la interpretación que se hace de los arts. 28 y 29 del código penal español, se colige que se utiliza un concepto restrictivo de autor; modelo éste, que se vincula al tipo legal y hace que las normas sobre participación aparezcan como normas extensivas de la tipicidad y, con ello, de la punibilidad, ya que de no existir los partícipes no podrían ser castigados conforme al tipo penal.

<sup>644</sup> LUZÓN PEÑA, D.: “La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado”, en *ADPCP*, t. 42, 1989, p. 894.

El cambio que ha sufrido la sociedad especialmente en las formas de criminalidad<sup>645</sup> y las críticas hechas a las teorías predominantes (la teoría del dominio del hecho y la teoría de la determinación positiva y objetiva) han propiciado formular nuevos criterios para establecer la autoría; tal es el caso de la “competencia sobre la fuente de peligro”<sup>646</sup>. De esta forma, autor no es el que domina o determina el hecho fácticamente, lo es quien tiene la obligación prevalido de sus competencias para evitar la consecución de un hecho. De lo que se trata es que, prescindiendo de la posición fáctica que ocupa el sujeto en relación con el resultado lesivo, se pueda identificar a la persona de la que depende «normativamente» la creación del riesgo, su contención y control.

Según la teoría de la competencia lo fundamental es el correcto funcionamiento del sistema social con base en que los ciudadanos asuman y

---

<sup>645</sup> A este respecto GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, F.: Intervención delictiva e imprudencia, Ed. Comares, Granada. 2004, p. 97 y ss., precisa que “al contrario de lo que sucedía tradicionalmente, en la criminalidad actual se observa, cada vez más, un proceso de distanciamiento entre el momento de aparición fenomenológica del delito y la máxima responsabilidad por el mismo. Frecuentemente, y por lo general en los casos de mayor trascendencia social (como, por ejemplo, «el caso de la colza», el «*Lederspray*» o el caso de la sangre contaminada), vemos que quienes concretan o materializan el hecho delictivo no son responsables de su aparición. Mientras que quienes merecerían la calificación de autores, según criterios de merecimiento y necesidad de pena, se encuentran tan alejados del instante en que el delito se manifiesta que su intervención sólo es localizable en un estadio del proceso lesivo en el que este último carácter, la lesividad, no es siquiera imaginable. Frente a este problema, los criterios tradicionales de autoría en vez de construirse sobre este segundo momento, esto es, sobre el momento de responsabilidad, y en contra de lo que se debiera esperar en contra de un concepto de autor, sobre todo en un momento en que el verbo típico ha perdido buen aparte de su significado descriptivo, lo hacen sobra la forma de manifestación del delito, atendiendo parta la explicación de la autoría a aspectos tales como el dominio de su ejecución, el instante de intervención de los distintos sujetos o al actor que determina objetiva y positivamente la lesión del bien jurídico [...] en la imprudencia, en supuestos donde la responsabilidad está muy alejada del momento de aparición del resultado lesivo, conduce a insoportables lagunas de punibilidad. Pues en estos supuestos no hay un dominio, control fáctico o cualquier otra circunstancia de naturaleza similar que permita fundamentar la autoría por parte de quienes han mostrado el máximo grado de merecimiento y necesidad de pena en la ejecución. En consecuencia, tales conductas deberían quedar impunes”.

<sup>646</sup> Al respecto, ROBLES PLANAS, R.: “Participación en el delito e imprudencia”, en *RDPCr.*, núm. 6, 2000, p. 248, menciona que los límites de las conductas de intervención en el delito vendrán definidas por las esferas de competencia de cada uno de los intervinientes; también, GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, F.: Intervención delictiva e imprudencia, Ed. Comares, Granada. 2004, p.107 indica que, con la teoría de la *competencia sobre la fuente de peligro* se pretende saber “quién es el principal responsable de la fuente de peligro de la que proviene el riesgo no permitido materializado en la lesión; la persona cuya actuación presenta un componente cualitativo adicional de peligro [...] aquel a quien las normas jurídico-penales deben dirigirse en primer lugar, dado que es él quien condiciona positivamente –y en términos de responsabilidad- que el ataque a su vigencia trascienda al plano que le es propio a través de su exteriorización como riesgo y alcance su máxima expresión en el resultado de lesión”.

cumplan sus competencias; es decir, que el ciudadano efectúe el papel (con el rol o la función) que se le atribuye. De otra manera el Derecho penal como garante del sistema, amenaza con una pena a aquel que defraude las expectativas que depositan en él el resto de ciudadanos, en procura de evitar que se ponga en peligro la integridad del sistema social.

En este estado de las cosas, es pertinente destacar una peculiaridad de esta teoría. Nos referimos a que se prescinde de la protección de los bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal (lo que exige en un primer momento, definir los bienes jurídicos que merecen tal calificación para luego, establecer los tipos a partir de la identificación de las conductas que puedan lesionarlos), para pasar a hablar de una protección de «deberes jurídicos» a los que están obligados los ciudadanos. Así, la infracción penal radica en el quebrantamiento del rol o de la competencia, resultando innecesaria la puesta en peligro del bien jurídico concreto, originando una tendencia hacia los delitos de infracción de deber, así como a una normativización y objetivización de todas las categorías del tipo, incluida como lo hemos visto, la autoría.

El problema en relación a la teoría de la competencia estriba en la determinación de sus fuentes, lo que permita deducir la responsabilidad principal del sujeto respecto a la fuente de peligro plasmada en el resultado. En este aspecto, se puede hablar de dos clases de fuentes: competencia por organización y competencia por institución.

Con la competencia por organización, correspondería al sujeto neutralizar los riesgos generados en su propio ámbito de actuación, obligación que puede surgir por una actuación previa de la que nace un peligro o por ser de su incumbencia (conforme al reparto de funciones) el control de los riesgos propios inherentes a su ámbito de actuación o, en su defecto, por asunción de competencias que inicialmente no le fueron atribuidas. En este sentido, podemos referirnos a los casos de injerencia, supuestos en los que el deber jurídico de neutralizar los riesgos no permitidos devenidos de la fuente de peligro se originan de la previa incidencia irregular del autor sobre la misma, *v.gr.* “si A observa una piedra en el borde de la carretera y convence a B para

que la empuje y haga rodar por la ladera sobre la que se encuentra, y B efectivamente lo hace, golpeando de muerte a una persona que se encontraba en la trayectoria de la misma y cuya presencia no advirtió cuando, antes de empujar la piedra, se adelantó para cerciorarse de tal aspecto. Entonces, B al empujar la piedra y orientarla hacia la producción del resultado lesivo se obliga, al mismo tiempo, frente a los riesgos que genera y su eventual materialización. Por tanto, en caso de que efectivamente se concrete la lesión del bien jurídico, sólo él debe responder como autor<sup>647</sup>, o cuando el jefe del servicio de hematología y hemoterapia de un hospital permite que la sangre obtenida sin las medidas de control y aseguramiento necesarias sea utilizada en otros servicios hospitalarios, generándose un alto riesgo de contagio de enfermedades en los pacientes transfundidos que finalmente se concreta en un resultado lesivo.

Los mismos argumentos sirven si X sustrae una señal de tráfico; si E decide cambiar la medicación prescrita por el médico asumiendo con su acción una competencia que inicialmente ostentaba otra persona y sobre los eventuales riesgos que genere su actuar. Si el fabricante F introduce en el mercado un producto que causa daños con una frecuencia superior a la tolerable, o si D, tras hacerle el puente a un coche conduce por las ramblas a una velocidad que duplica la permitida, embistiendo mortalmente a dos peatones que circulaban de forma correcta. En este caso, D, en tanto que conductor del vehículo, es quien debe procurar que de su conducción no se desprendan riesgos que excedan de lo permitido, por tanto, si los mismos se producen y concretan sólo él deberá responder como autor.

Así las cosas, en todos estos casos, la autoría de X, E, F y D radican sobre un mismo momento: una irregular utilización o incidencia sobre el peligro. En consecuencia, el fundamento de la fuente de competencia por organización (autoría) radica en la siguiente descripción: la libertad del sujeto para configurar

---

<sup>647</sup> GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, F.: Intervención delictiva e imprudencia, Ed. Comares, Granada. 2004, p.118.

privadamente su propio ámbito de organización es la razón material que le obliga frente a los riesgos que se deriven del mismo<sup>648</sup>.

De igual forma, será autor quien por «asunción» asuma una función que inicialmente no le correspondía debiendo conocer que implícitamente con dicha acción se responsabiliza de los resultados de esa nueva función, *v.gr.* cuando una persona decide indicar a un conductor que está dando marcha atrás las maniobras que debe realizar para evitar golpear a vehículos o transeúntes<sup>649</sup>. Luego, respecto a la competencia por institución esta se materializa en las obligaciones surgidas a partir del papel asumido por el sujeto en el marco de determinadas relaciones sociales como la relación paterno-filial y sustitutivos (*v.gr.* las obligaciones de padre a hijos), el matrimonio, la confianza especial y los denominados deberes genuinamente estatales<sup>650</sup>.

Un vez enunciadas las dos fuentes para determinar la competencia (por organización o por institución) en aras de determinar quién es autor, primero se tendrá que precisar la fuente de peligro que se concreta en el resultado, para luego tratar de identificar al sujeto competente sobre la fuente de peligro conforme a las dos modalidades antes enunciadas, advirtiendo que en este proceso se podrá contar con las normas de conducta que rigen determinados comportamientos (si los hubiere); no obstante, su valor puede ser relativo, *v.gr.* el hecho de que un conductor circule sin carnet de conducir puede estar sancionado por las normas administrativas, empero, tal riesgo no estaría

---

<sup>648</sup> GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, F.: Intervención delictiva e imprudencia, Ed. Comares, Granada. 2004, p. 118 y s.

<sup>649</sup> En el ámbito médico-sanitario la STS de 28 de diciembre de 1990 (ROJ 9862/1990) (Pte. Soto Nieto) condena a un MIR por un delito de imprudencia temeraria con resultado de lesiones graves. El MIR desobedeciendo el Reglamento Interno del Hospital así como de la Comisión Nacional de la Especialidad de Anestesia y Reanimación, decide intervenir por sí solo en una operación aplicando anestesia general a la paciente sin dar aviso al Jefe del Servicio. Concluida la intervención la paciente sufre un «espasmo de glotis» causándole en días posteriores a la intervención quirúrgica graves secuelas. En este supuesto a nuestro entender, se puede apreciar responsabilidad por «asunción» del MIR al intervenir sin contar con la presencia del Jefe de Servicio quien podía supervisar su proceder, y más cuando conforme la sentencia, éste podía ser localizado fácilmente al encontrarse de «guardia» en el hospital.

<sup>650</sup> GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, F.: Intervención delictiva e imprudencia, Ed. Comares, Granada. 2004, p. 129.

proscrito por la normativa penal<sup>651</sup>. Siendo así, las críticas a la construcción normativa de autor desde el criterio de la competencia falla metodológicamente, ya que su fundamento radica en la idea de un mayor merecimiento y necesidad de pena. Lo que hace esta teoría es analizar las determinadas formas de aparición del delito en la sociedad contemporánea, identificando a las personas que según su opinión e intuición (pues en ese momento no puede ser de otra manera) muestran un mayor grado de merecimiento y necesidad de pena, proponiendo finalmente un criterio que permita calificar como autores a aquéllos a los que previamente se les ha atribuido un mayor merecimiento de pena. Sin desmerecer este criterio (merecimiento de pena) como presupuesto de la autoría<sup>652</sup>, las críticas a esta concepción sostienen que se es autor no por merecimiento de una pena superior sino que un sujeto merece mayor pena porque es autor (bajo el concepto restrictivo o diferenciador de autor). Así las cosas, la mayor pena no sólo se dirime en el marco penal, sino en razón de la aplicación del principio de accesoriadad haciendo depender el castigo de los partícipes a la existencia de una conducta principal de autoría; y, por el contrario, estableciendo la responsabilidad del autor de forma autónoma e independiente<sup>653</sup>.

Otro de los posicionamientos contrarios a la teoría de la competencia, radica en su contradicción al hacer parecer que se prescinde de los momentos fácticos de relación entre el sujeto y el hecho para determinar el autor. Aspecto que aparentemente es al que se recurre (verificación de la autoría a partir de una especial relación fáctica entre el sujeto y el hecho) para construir la competencia que le corresponde al sujeto interviniente. Esto se puede comprobar cuando se afirma que “el sujeto que incide directamente sobre la fuente de peligro es, por lo general quien debe preocuparse de los niveles de

---

<sup>651</sup> GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, F.: Intervención delictiva e imprudencia, Ed. Comares, Granada. 2004, p. 123, únicamente cuando se descubre que a más del carnet no poseía las habilidades necesarias para conducir dentro de las limitaciones del riesgo permitido, sólo entonces adquirirá relevancia jurídico-penal, planteándose la cuestión de la eventual competencia o competencias sobre la fuente de peligro de la que proviene el riesgo.

<sup>652</sup> Sobre la importancia del merecimiento y la necesidad de la pena desde la perspectiva ético-social, *vid.* DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: La autoría en Derecho penal. Ed. PPU, Barcelona. 1991, p. 82.

<sup>653</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p. 354.

riesgo que genera”<sup>654</sup>. De esta manera, si “D incita a F, quien se acaba de sacar el carnet de conducir, a circular peligrosamente con el vehículo de éste último, y a consecuencia de tal conducta se produce un accidente en el que fallece una tercera persona [...] F en tanto que conductor del vehículo –esto es, injerencia– es quien debe manejarlo con diligencia y precaución, a quien corresponde garantizar que el riesgo que genera permanece dentro de lo permitido y quien debe estar en todo momento en condiciones de poder controlarlo. En consecuencia, F es autor”<sup>655</sup>.

Desde la competencia sobre la fuente de peligro que explica GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, esto es “posición dentro del proceso lesivo que genera el deber jurídico-penal de garantizar que la fuente de peligro se mueve dentro del riesgo permitido”<sup>656</sup>, se puede inferir que la competencia vendrá dada por la posición fáctica que ocupa el sujeto en relación con el hecho lesivo en cada caso en concreto, pretendiendo darle a aquella (posición fáctica) un contenido normativo con figuras como la injerencia, y así poder identificar a la persona encargada de velar por la fuente de peligro. Circunstancia que es plausible pero que en todo caso no marcaría diferencia con las otras teorías expuestas<sup>657</sup>.

De forma haciendo referencia a la teoría de la competencia, RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, hace algunas precisiones. Pese a reconocer que dicha teoría no es del todo incorrecta, disiente con el elemento del tipo al que va referida direccionando su crítica a la fuente de peligro tras no encontrar distinción entre los criterios y el análisis utilizados desde la misma (competencia) en relación a los parámetros empleados en la imputación objetiva y en la calificación de una conducta como imprudente. El académico español se muestra en desacuerdo con la forma de determinar a la persona que tendría la competencia sobre la fuente de peligro, ya que coincidiría con los

---

<sup>654</sup> GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, F.: Intervención delictiva e imprudencia, Ed. Comares, Granada. 2004, p. 113.

<sup>655</sup> *Ídem*.

<sup>656</sup> *Ibíd.*, p.111.

<sup>657</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p. 354.

elementos propios de la imprudencia (infracción del deber de cuidado). La notoriedad en la similitud de las fuentes de la competencia con las utilizadas para delimitar el deber de cuidado se puede verificar en el siguiente supuesto: P alquila un coche a la empresa B. El citado P se presta a conducir el coche. Al llegar a un cruce de calles en el que tenía la obligación de parar el vehículo no lo pudo conseguir y como el pavimento se encontraba mojado el vehículo continuó en marcha arrollando a una persona. Reconocido el coche por peritos se determinó que el vehículo tenía la dirección demasiado suave, desperfectos en los frenos, el embrague no funcionaba, además que el estado del coche no era apto para prestar servicios. En este supuesto “el riesgo no tolerado no procede de la forma en la que circula el vehículo, competencia del conductor, sino de su estado de deterioro. Éste es el que determina que los riesgos que genera el mismo excedan de lo permitido. Y, en los supuestos de alquiler, la competencia sobre el correcto estado del vehículo siempre queda en la empresa. Por tanto, a ella es a quien corresponde asegurar el adecuado funcionamiento de la dirección, del embrague, de los frenos y que su estado general sea idóneo para prestar los servicios a los que está destinado. Mientras que el procesado [*scil.* en nuestro ejemplo P] podía confiar en su buen estado, en consecuencia, puede estar tranquilo”<sup>658</sup>.

---

<sup>658</sup> GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, F.: Intervención delictiva e imprudencia, Ed. Comares, Granada. 2004, p. 141; en este sentido FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: Homicidio y lesiones imprudentes: Requisitos y límites materiales, Ed. Edijus, Zaragoza. 1999, p. 41 “es indiferente, a efectos de imputación, si se lleva el mal hasta la víctima, la víctima hasta el mal o se le impide a la víctima que salga de la zona de influencia del mal”. Un caso paradigmático en lo que tiene que ver con estructuras organizadas y la delegación de competencias es citado por ROBLES PLANAS, R.: “Participación en el delito e imprudencia”, en *RDPCr.*, núm. 6, 2000, p. 247 y s., resuelto en la STS de 18 de noviembre de 1991 (ROJ 6345/1991) (Pte. De Vega Ruiz), conocido como el «caso de las transfusiones de sangre contaminada»; como es sabido, en el Hospital «Príncipes de España » de Bellvitge se practicaron transfusiones de sangre sin realizar las pruebas de detección de los anticuerpos del VIH. Pues bien, la persona responsable del Servicio de Hematología y Hemoterapia del mencionado hospital fue hecha responsable como autora de un delito de lesiones imprudentes, e igualmente se condenó al director médico del hospital por autor del delito de lesiones imprudentes. Tal y como se desprende de los hechos relatados por la sentencia, mientras la Jefa del Servicio de Hematología y Hemoterapia ostentaba la competencia delegada para el control directo de los posibles riesgos que pudieran derivarse de las transfusiones sanguíneas, el director médico del mencionado hospital conservaba una posición de garantía que se extendía a los aspectos más trascendentes de la actuación de sus delegados (facultades de coordinación, dirección y supervisión de los distintos servicios asistenciales). Así las cosas, parece claro que por lo que respecta a éste último, el hecho imprudente no podría serle atribuido a título de autoría, pues no ostentaba una competencia directa sobre la evitación del hecho (ésta es precisamente la competencia que se ha transferido), sino que se trata materialmente de una contribución constitutiva de participación (imprudente) en el delito imprudente del que es autora la persona

Del supuesto anterior, cabe hacer una precisión: el chofer no deja de ser autor por su incompetencia conforme la teoría propuesta, pero su falta de responsabilidad penal estriba en no haber infringido ningún deber de cuidado al haber conducido correctamente con independencia de la mecánica del vehículo que sería competencia de la empresa y no la suya; estándole permitido al conductor confiar en el buen estado del vehículo alquilado.

Así las cosas, RODRÍGUEZ VÁSQUEZ advierte en la incorrección al pretender determinar la autoría mediante el fundamento de la competencia pretendiendo equiparla con la imputación objetiva y la imprudencia, siendo que la autoría se trata de una categoría del tipo, diferente a los otros elementos que lo integran. Dicho autor explica lo anterior de esta forma: “todo aquel al que se le pueda atribuir objetivamente el resultado y se pueda calificar su conducta de imprudente, será calificado de autor, acabando de nuevo en un concepto unitario”<sup>659</sup>. En este sentido, las dificultades de explicar la autoría directa y la autoría mediata desde la teoría de la competencia dejan algunas dudas, pues tal como argumenta GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO “la diferencia entre la autoría directa y la mediata es meramente formal”. En consecuencia, para hablar de autoría desde la teoría de la competencia, se hace necesaria la fuente de peligro y un sujeto que tenga competencia sobre la misma. En consecuencia, el carácter de mediato o inmediato depende de la estructura de la intervención del sujeto<sup>660</sup>.

---

delegada. En efecto, los ejecutores inmediatos del hecho, esto es, los cirujanos y médicos que directa y materialmente realizaron las transfusiones de sangre, ni siquiera fueron acusados. Tal ausencia de imputación —a mi entender correcta— obedece a que los ejecutores de las transfusiones, pese a contribuir naturalísticamente a la producción del resultado e incluso pese a conocer que no se habían realizado las comprobaciones necesarias en la sangre a transfundir, en ningún momento configuraron, desde el punto de vista normativo, el riesgo. Y ello porque las medidas que deberían haberse tomado quedaban fuera de su esfera normativa de control o, con otras palabras, el que la sangre no estuviera contaminada no era de su incumbencia, sino de la de los encargados del servicio que la suministraba.

<sup>659</sup> RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p. 356.

<sup>660</sup> La fórmula aplicable para determinar la autoría mediata o inmediata sería: competencia + disposición fáctica de la fuente de peligro=autoría directa, en cambio competencia + no disposición fáctica de la fuente de peligro=autoría mediata, *vid.* RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p. 357.

Con el siguiente ejemplo, se evidencia cómo la teoría de la competencia llega a determinaciones poco convincentes: “si A, B, C y D tiran una viga conjuntamente por la ventana, estando encargados únicamente B y C de neutralizar el peligro que supone tal acción para los transeúntes mediante el aseguramiento de la zona donde va a caer el objeto, colocación de señales, indicaciones o cualquier otro medio, entonces, sólo ellos responderían como coautores si la caída del objeto termina lesionando a un transeúnte. Pues son quienes debían asegurar la fuente de peligro o inocular los riesgos que se derivan de su caída a la vía pública. En este [...] ejemplo, quizá pueda extrañar el hecho de que sólo respondan B y C pese a que son A y D quienes disponen fácticamente de la fuente de peligro. Sin embargo, aquí entendemos que la autoría no es una cuestión de dominio, de control o de disponer fácticamente, tampoco de saber más o menos, sino de responsabilidad o, más concretamente, de competencia sobre el riesgo no permitido. Del ejemplo no se deducen elementos que permitan fundamentar competencia por parte de A y D, puesto que no es cosa suya el riesgo que genera la caída de la viga a la calzada, sino de B y C de la función que tenían éstos encomendada, y parece que podían confiar, entonces su conducta no puede valorarse como imprudente”<sup>661</sup>.

A partir de este ejemplo afloran las inconsistencias de esta teoría en relación al método para resolver la determinación de autor, ya que lo que se hace es explicar qué conductas de las que intervienen causalmente en el resultado, son imprudentes; lo cual no fundamenta el calificar dichas actuaciones como autoría. Otro asunto que se pone de manifiesto en el ejemplo anterior, es que al ser B y C los encargados de neutralizar el peligro (competencia) respecto de asegurarse de que la caída de la viga no lesione a ningún transeúnte deja fuera de margen el que A y D puedan ser (co) autores; pudiendo en todo caso, considerarlos como partícipes. Al respecto, RODRÍGUEZ VÁZQUEZ plantea dos supuestos: “imaginémonos que B y C saben que A y D no han adoptado las medidas de cuidado que les correspondía tomar para evitar que el peligro que supone tirar una viga pesada

---

<sup>661</sup> GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, F.: Intervención delictiva e imprudencia, Ed. Comares, Granada. 2004, p. 174.

desde un edificio en obras al vacío se concretase en un resultado lesivo. Supongamos más, por ejemplo, que A y D se percatan de la presencia de un transeúnte en la calle y que, con toda seguridad, la caída de la viga les alcanzará. Ante esta situación callan y no advierten a los demás el peligro, procediendo a levantar la viga con los otros y tirarla al vacío. En este caso, A y D actúan dolosamente y se puede decir que causan unas lesiones al transeúnte que se encontraba bajo el edificio, sin embargo, según la teoría expuesta, no serán autores de un delito de lesiones pues la competencia sobre la fuente de peligro que ha generado la lesión no les correspondía a ellos<sup>662</sup>.

De igual forma, ROBLES PLANAS adopta una solución parecida, quien destaca que, tratándose de “estructuras en las que existen fenómenos de división del trabajo la no-delegación de competencias comporta la no-atribución de responsabilidad por los posibles riesgos que se deriven de la «parte del trabajo» que queda bajo el control de otro<sup>663</sup>. Esta idea puede constatarse con el médico que da una orden incorrecta –poner una inyección a un enfermo alérgico, sin advertirlo– a la enfermera quien aplica el medicamento al enfermo determinando el fallecimiento de este<sup>664</sup>. En este supuesto, tanto desde la imputación objetiva como de la teoría de la competencia la enfermera es impune y su conducta no puede calificarse como autoría. Ahora bien, y si la enfermera una vez que el médico haya indicado el suministro del medicamento decide variar el fármaco por otro distinto ocasionando graves lesiones al paciente. En este panorama, la responsabilidad de la enfermera como autora sería más que incuestionable en razón de la forma de su «actuación», partiendo que la «competencia» del tratamiento le corresponde al médico pero que sin embargo es la enfermera quien con su negligente actuar (cambio de la medicación) priva de competencia al galeno y objetivamente fundamenta la suya con la creación del riesgo<sup>665</sup>.

<sup>662</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p. 358.

<sup>663</sup> ROBLES PLANAS, R.: “Participación en el delito e imprudencia”, en *RDPCr.*, núm. 6, 2000, p. 248.

<sup>664</sup> JORGE BARREIRO, A.: La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Ed. Tecnos, Madrid. 1990, p. 125.

<sup>665</sup> GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, F.: Intervención delictiva e imprudencia, Ed. Comares, Granada. 2004, p. 290.

De lo analizado *supra*, la determinación de la autoría conforme a esta teoría radica en establecer sobre quién recae la competencia de la fuente de peligro, y de ahí determinar responsabilidades. No obstante, esto no siempre es invariable, ya que como se pudo verificar en el ejemplo de la viga en donde pese a que algunos de los intervinientes disponen fácticamente de la fuente de peligro, la autoría recae directamente sobre quienes tenían la obligación (competencia) de neutralizar el peligro que supone la acción realizada en conjunto. Incoherencia ésta con la que coincide RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, advirtiendo que se puede llegar a “castigar a quien infringe formalmente su competencia, mientras que aquella persona que podría evitar el resultado lesivo, ya que estaba fácticamente a su alcance, como se ha mantenido en el ámbito de sus competencias, ha cumplido estrictamente el rol social que le correspondía, no será penada”; aspecto que a nuestro entender representa una confusión de los fines últimos del Derecho penal, el cual debe aspirar a proteger bienes jurídicos, esto es, bienes que poseen un valor en sí mismos y que exigen del ciudadano que está a disposición de evitar una lesión que lo haga, máxime que en muchos supuestos de la vida cotidiana lo que está en juego es la vida y la salud<sup>666</sup>.

### 1.7. El concepto autor en el Código penal español

Una vez analizadas las teorías para determinar el autor es necesario verificar cuál es el criterio que adopta el legislador español en aras de que no resulte estéril el optar por una de las teorías ya analizadas. En consecuencia, el siguiente paso, consiste en verificar si el Código penal opta por un criterio restrictivo o unitario para establecer al autor. Como primera impresión, no está del todo claro o no hay indicios de que el Código penal adopte un modelo restrictivo o unitario de autor, en razón de que no aparecen rúbricas o artículos que proporcionen referencias concretas al respecto.

Sentado lo anterior, PÉREZ ALONSO considera posible sostener un modelo unitario de autor ya que al parecer el legislador pretendió equiparar la

---

<sup>666</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p. 360.

punibilidad de los inductores y cooperadores necesarios (art. 28 inciso 2 CP) a los autores en sentido estricto (art. 28 inciso 1 CP) agrupándolos legal y unitariamente a todos ellos en calidad de autores (arts. 27, 28, 61, 62 CP); no así los cómplices, que se los segrega castigándolos con penas inferiores (art. 27, 29 y 63 CP)<sup>667</sup>. De esto, el autor infiere que de acuerdo al texto legal podría tratarse de un concepto unitario funcional<sup>668</sup>, mismo que quizá sea la consecuencia de los errores del legislador o posiblemente de la falta de decisión intencionada para dejar en manos de la doctrina el tener que elegir alguna de las modalidades (unitario o restrictivo).

Es así que el art. 27 (CP 1995) heredero del art. 12<sup>669</sup> (CP de 1944/1973) al igual que los arts. 14 y 16 (CP de 1944/1973), siguen el continuismo en el Código penal de nuevo cuño (1995), desistiendo una vez más el incluir el término «partícipe». Empero, la referencia hecha distinguiendo los autores de los cómplices podría ser un indicio que permita interpretar que el CP (1995) parte de un concepto diferenciador entre la autoría y la complicidad (forma de participación) convirtiéndose en un referente para suponer que dicho cuerpo legal prescinde de un concepto unitario<sup>670</sup>. En este sentido, la separación de la complicidad en el Código penal en relación a figuras como la inducción o la cooperación necesaria, hacen que estas últimas formen parte del autor, pues de no ser así, se daría la paradoja de que pese a constar la inducción y la cooperación necesaria en el art. 28.1 CP, estos podrían ser criminalmente responsables si no estuviese contemplado en el art. 27.

---

<sup>667</sup> Código penal español conforme la LO 1/2015: “Art. 27. Son responsables criminalmente de los delitos los autores y los cómplices.

Art. 28. Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. También serán considerados autores: a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo. b) Lo que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.

Art. 29. Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos”.

<sup>668</sup> PÉREZ ALONSO, E.: La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal, Ed. Comares, Granada. 1998, p. 135.

<sup>669</sup> Decreto 30967/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, conforme la Ley 44/1971 “Art. 12 Son responsables criminales de los delitos y faltas: 1º Los autores, 2º Los cómplices, 3º Los encubridores.”

<sup>670</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: La autoría en Derecho penal. Ed. PPU, Barcelona. 1991, p. 206.

Así las cosas, si la «participación» no fue incluida en el Código penal (1995), subsiste la posibilidad de interpretar que la voluntad de dicho cuerpo legal también puede ser la de asimilar la inducción y la cooperación necesaria a las formas de autoría; manejándose de esta manera un concepto unitario (limitado al distinguir supuestos de complicidad) de autor<sup>671</sup>. En este sentido, si la única norma haciendo referencia a la autoría y la participación en el CP fuese la del art. 12<sup>672</sup>, habría que concluir que otorgando un valor decisivo (que no tiene) a la terminología empleada, el Código penal español partiría de un concepto unitario o a lo sumo mixto, con una restricción para el cómplice<sup>673</sup>.

Independientemente de lo anterior, existen varios argumentos que sugieren considerar que el CP contiene un sistema restrictivo en razón del art. 27 CP, que al tenor de su interpretación literal distingue la «autoría» de la «complicidad». Otra referencia es la del art. 28 CP, al hacer uso de dos verbos distintos: «ser» y «considerar». De igual manera, la distinción a la que se refiere la terminología «son autores» y «se consideran autores» invitan a considerar que el CP distingue formal y materialmente entre un grupo y otro de intervinientes. Un posible argumento para aseverar un modelo restrictivo de autor es la referencia que el CP hace de los autores quienes «realizan el hecho», mientras que los inductores y los cooperadores necesarios «son los que inducen y cooperan a la ejecución del hecho», evidenciando de forma expresa que ellos no son los que ejecutan o lo realizan<sup>674</sup>.

Finalmente, es posible fundamentar un concepto restrictivo de autor en sintonía con el art. 28 CP, si se parte del empleo del término «hecho», con lo cual se admitiría la accesoriedad siendo un indicativo para decantarse por un

---

<sup>671</sup> ROSO CAÑADILLAS, R.: Autoría y participación imprudente, Ed. Comares, Granada, 2002, p. 344; en el mismo sentido DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: La autoría en Derecho penal. Ed. PPU, Barcelona. 1991, p. 280.

<sup>672</sup> Art. 27 del nuevo CP (1995)

<sup>673</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: La autoría en Derecho penal. Ed. PPU, Barcelona. 1991, p. 206.

<sup>674</sup> ROSO CAÑADILLAS, R.: Autoría y participación imprudente, Ed. Comares, Granada, 2002, p. 284.

sistema restrictivo<sup>675</sup>. Sin perjuicio de lo anterior DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, cuestiona el valor que se quiere dar al término «hecho» identificándolo con el «hecho típico y antijurídico» en busca de sostener un concepto restrictivo, cuya ejecución correspondería exclusivamente al autor y cuya existencia es necesaria para castigar a alguien por «inducción» o «cooperación»; configurarse de esta forma dicha modalidad<sup>676</sup>. Siendo así, la inducción sólo se revelará cuando tenga lugar el «hecho» para el cual se ha inducido, ocurriendo lo mismo con la «cooperación». Así las cosas, mientras no exista el «hecho» (típico y antijurídico) este tipo de actuaciones quedarán latentes; explicado de otra forma, para que haya relevancia penal se hace necesario que la producción del «hecho» y quien lo realice sea autor. De este análisis se desprende que de las formas de intervención delictiva contempladas en el CP, no resulta posible determinar un concepto de autor en concreto; sin embargo, si atendemos al art. 27 CP y siguientes, la posibilidad de interpretar en favor de un modelo restrictivo o unitario de autor, persiste. Ahora bien, con esta premisa ¿se puede extender lo dicho a los delitos imprudentes, máxime que dicha modalidad delictiva con el CP de 1995 ha modificado sustancialmente su marco normativo?<sup>677</sup> Antes de aventurarse a proponer una solución es conveniente retrotraerse al art. 565 (CP 1944/1973), a saber: “El que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediare dolo, constituiría delito [...]”, lo cual significaba que las infracciones imprudentes compaginaban a la par con los delitos dolosos compartiendo la misma descripción típica prescrita en un mismo artículo siendo coincidentes en la parte objetiva y sólo diferenciándose en la subjetiva, ya que en lugar de dolo debía concurrir únicamente imprudencia. Este sistema influyó significativamente en la autoría y participación porque al establecer un único injusto indiferenciado en su parte objetiva para los delitos dolosos e imprudentes, dificultó el defender coherentemente la dualidad de conceptos de autor; esto es, un concepto restrictivo para los delitos dolosos y un concepto unitario para los

<sup>675</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: La autoría en Derecho penal. Ed. PPU, Barcelona. 1991, p. 224.

<sup>676</sup> *Ibid.*, p. 246; también sobre esta cuestión GIMBERNAT ORDEIG E.: Autor y cómplice en Derecho penal, Ed. Universidad de Madrid. Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones e Intercambio, Madrid.1966, p. 215.

<sup>677</sup> PÉREZ MANZANO, M.: Autoría y participación imprudente en el Código penal de 1995, Ed. Civitas, Madrid. 1999, p. 19.

imprudentes<sup>678</sup>. Sin embargo, hoy en día este razonamiento resulta insostenible para el CP (1995) por los cambios realizados a su normativa. Nos referimos de manera concreta a la adopción del sistema de *numerus clausus* en el delito imprudente<sup>679</sup> y con ello la exigencia de un tipo penal que haga constar la modalidad dolosa así como la culposa. Pero si bien este cambio en el sistema de imputación del delito imprudente ha sido alabado por la doctrina al alinearse de forma coherente con el principio de legalidad, seguridad jurídica y mínima intervención, la adopción del sistema *numerus clausus* ha propiciado la creación de tipos autónomos imprudentes siendo incompatible con el hilo argumental del que se partía con el CP 1944/1973 en el que se mantenía un mismo sistema de autor basado en la unidad descriptiva de la tipicidad.

Un indicio para sostener un concepto unitario de autor en los delitos imprudentes radica en la diferente redacción típica que el legislador utiliza en el nuevo Código penal (1995) cuando al tipificar esta modalidad hace uso de verbos causalistas como «causar» y otros parecidos ampliando el radio de punición a título de autoría. De esta forma, si atendemos la literalidad de los tipos penales, cualquier sujeto que lleve a cabo una acción relacionada causalmente con el resultado sería considerado como «autor» del mismo, siempre que cumpla con los otros elementos del tipo. Pese a ello, la doctrina previene sobre este hecho afirmando la imposibilidad de mantener un concepto unitario de autor en orden a la simple interpretación literal, máxime cuando en el CP no existe uniformidad en el empleo de los términos que tipifican los delitos imprudentes, lo cual revela que sobre este aspecto no hubo un análisis por parte del legislador<sup>680</sup>.

---

<sup>678</sup> GÓMEZ RIVERO, M.<sup>a</sup> C.: La inducción a cometer el delito, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 1995, p. 339, refiriéndose a la posibilidad de diferenciar autoría de participación en los delitos imprudentes conforme el CP de 1944/1973, menciona: “el argumento principalmente aducido se refiere a la redacción del art. 565 CP, que al incriminar de un modo genérico la imprudencia temeraria, exige que la conducta objetivamente considerada sea idéntica a lo de los tipos dolosos, de lo que, entienden, es posible deducir que también en los delitos culposos debe diferenciarse en un plano objetivo lo que son formas de autoría y de participación”.

<sup>679</sup> Código penal español conforme la LO 1/2015: “Art. 12. Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley”.

<sup>680</sup> PÉREZ MANZANO, M.: Autoría y participación imprudente en el Código penal de 1995, Ed. Civitas, Madrid. 1999, p. 53.

Fundamentos para rechazar un concepto unitario de autor no faltan en la doctrina. Así, en primer lugar, si se analiza el CP, se podrá constatar que en la tipificación de los delitos imprudentes resulta considerablemente inferior en número los tipos en que se utiliza el verbo «causar» *versus* en los que emplea otra forma de descripción de la conducta típica<sup>681</sup>. En segundo lugar, se critica la utilización del verbo «causar» de forma indistinta para los delitos imprudentes como para los dolosos. En tercer lugar, no en pocas ocasiones varios artículos del CP al tipificar la modalidad imprudente de un determinado delito se hace una remisión a su homólogo doloso, técnica empleada en el CP 1944/1973. Muestra de aquello se puede constatar en los arts. 158 o 317 CP, contra la seguridad e higiene en el trabajo<sup>682</sup>. En cuarto lugar, la utilización de verbos como «causar», lejos de responder a problemas de dogmática tendientes a establecer la autoría en los delitos imprudentes, obedece a cuestiones de estilo<sup>683</sup>. Consecuentemente, con la tipificación de la imprudencia en tipos autónomos y diferenciados fiel al sistema *numerus clausus* se propicia considerar que la estructura y el contenido dogmático de los delitos imprudentes difiere al de los dolosos, facilitando de esta manera la distinción del concepto de autor entre ellos. Por el contrario, debido a las formas concretas que asumen los delitos imprudentes en el CP, reproduciendo la parte objetiva de los tipos dolosos se entendería que existe un mismo concepto de autor para las dos modalidades (si la autoría se configura como un elemento del tipo objetivo); empero, si se puede establecer alguna diferencia entre estas dos categorías, es en el tipo subjetivo; donde en un caso se exige

---

<sup>681</sup> ROSO CAÑADILLAS, R.: Autoría y participación imprudente, Ed. Comares, Granada, 2002, p. 274 resalta que el “CP español recoge veinte y siete delitos imprudentes (casos inequívocos, aparte de otros supuestos dudosos) y sólo los arts. 142, 152, 324, 621, 1.º, 2.º y 3.º están descritos de modo extensivo por medio de la utilización del verbo «causar», con lo que la utilización de este término no supone un fundamento con la suficiente entidad para considerar a todos los delitos imprudentes como tipos extensivos regidos por la simple existencia de una relación causal con el resultado”.

<sup>682</sup> PÉREZ MANZANO, M.: Autoría y participación imprudente en el Código penal de 1995, Ed. Civitas, Madrid. 1999, p. 47, de igual forma conviven las remisiones indirectas al describir con expresiones similares o verbos típicos idénticos la modalidad dolosa y la imprudente del mismo delito, *v.gr.* la regulación del aborto doloso utiliza la expresión «producir» (art. 144) y el aborto imprudente se refiere a «ocasionar» (art.146); en el mismo sentido ROSO CAÑADILLAS, R.: Autoría y participación imprudente, Ed. Comares, Granada, 2002, p. 275.

<sup>683</sup> PÉREZ MANZANO, M.: Autoría y participación imprudente en el Código penal de 1995, Ed. Civitas, Madrid. 1999, p. 55

dolo y en el otro es suficiente con la imprudencia, de manera que delitos dolosos e imprudentes comparten un tipo objetivo común<sup>684</sup>.

Otro aspecto que indaga la doctrina en relación con el concepto de autoría, es la valoración del art. 12 CP en relación al ámbito de aplicación. Esto es, si es aplicable solo a la Parte especial o también a la Parte general. Como primera impresión, se entiende su aplicación a las dos partes abarcando los arts. 27 y siguientes respecto a la autoría y participación. Sin embargo, es preciso destacar que el Código penal no ofrece registros haciendo referencia a la participación en el delito imprudente, lo que fuerza a establecer un modelo unitario de autor a falta de admisión a título de participación<sup>685</sup>. Pese a ello, desde otro punto de vista, se entendería que el art.12, al igual que las demás disposiciones de la Parte general, son solo aplicables a la Parte especial, ya que en aquella (Parte general) se recogen reglas generales destinadas a ordenar y completar los tipos de la parte especial en la medida en que sean compatibles con lo tipificado en cada uno de ellos. Así las cosas, el art. 12 no condicionaría la aplicación de los arts. 27 y siguientes al delito imprudente. Sobre esto ROSO CAÑADILLAS plantea una cuestión “¿se podrían definir como delito los tipos imprudentes contemplados en los Libros II y III C.P. sin hacer referencia alguna a la parte general del C.P.?”. Seguidamente explica que “la respuesta a este interrogante no condiciona la elección del CP por un concepto unitario o restrictivo de autor en los delitos imprudentes.

En consecuencia, se podrían defender ambos sistemas de autor tanto si el art. 12 afecta sólo a la Parte especial como a la Parte general y Parte especial. En otras palabras [...] la cuestión planteada sólo tiene trascendencia en materia de punición de la participación imprudente, pero no se puede

---

<sup>684</sup> *Ibid.*, p. 61.

<sup>685</sup> En relación a la inadmisibilidad de la participación en el delito imprudente, *ibid.*, p. 82, explica: “partiría de un exquisito respeto a los principios de legalidad y seguridad jurídica, y, además, en la medida en que la participación se considera una forma de intervención en el hecho de menor gravedad que la autoría, y la comisión imprudente se valora también como menos grave que la dolosa, no sancionar la participación imprudente sería, coherentemente con su menor gravedad, correcto desde al principio de intervención mínima”.

extraer de ella un argumento que sirva para mantener una posición en contra o a favor de un concepto restrictivo”<sup>686</sup>.

De lo analizado en las líneas precedentes, se puede concluir que el Código penal español no define de manera clara un determinado concepto de autor, no obstante, creemos como lo hace gran parte de la doctrina, que el concepto restrictivo de autor es el que más engrana con un Derecho penal propio de un Estado de Derecho, ajustado al principio de legalidad y taxatividad, respetando la seguridad jurídica y el principio de *ultima ratio* e intervención mínima. De esta forma, el modelo de autor restrictivo configura una mejor delimitación a través del principio de accesoriedad permitiendo que se pueda exigir a un partícipe responsabilidad penal siempre que se demuestre de forma previa la existencia de un hecho típico y antijurídico, asunto que corresponderá al autor<sup>687</sup>.

Por otro lado, si bien hemos dicho que el CP no ofrece referencias sobre un sistema de autor en concreto, el manejar una dualidad de conceptos de autor sencillamente resultaría criticable y confuso. De ahí que es preferible por todas las razones expuestas optar por un solo modelo, que en nuestro caso recae en el restrictivo de autor. La conveniencia de elegir este modelo en lugar de tener que ampliar la punibilidad haciendo uso de un modelo unitario, significa delimitar aquellas conductas delictivas que representan un menor desvalor subjetivo de acción. En este sentido, le asiste la razón y compartimos

---

<sup>686</sup> ROSO CAÑADILLAS, R.: Autoría y participación imprudente, Ed. Comares, Granada, 2002, p. 273.

<sup>687</sup> Otras razones por las que el modelo restrictivo es conveniente conforme el CP en vigencia, en primer lugar, se puede destacar la imperfección del legislador a la que hace referencia DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: La autoría en Derecho penal. Ed. PPU, Barcelona. 1991, pp. 201 y s.; en el mismo sentido LUZÓN PEÑA, D. y DÍAZ GARCÍA Y CONLLEDO, M.: “Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría”, en *AFDUA*, III-2000, p. 57; ROSO CAÑADILLAS, R.: Autoría y participación imprudente, Ed. Comares, Granada, 2002, p. 307; GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, F.: Intervención delictiva e imprudencia, Ed. Comares, Granada. 2004, p. 34; en segundo lugar, la interpretación restrictiva es acorde con el modelo asumido por la doctrina en España, en tal razón al no existir razones para el cambio, ésta es la opción que se debe adoptar, así DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: La autoría en Derecho penal. Ed. PPU, Barcelona. 1991, p. 202; y, en tercer lugar, desde un criterio prejurídico (aunque siempre con un valor limitado, sobre todo en esta materia), se puede decir que «el concepto restrictivo de autor se aproxima más a la realidad de los fenómenos sociales participativos, a los conceptos vulgares de autor y partícipe, etc.».

su sensato razonamiento cuando LUZÓN PEÑA y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO explican: “desde un punto de vista político criminal tampoco aparece como evidente que todo interviniente imprudente deba ser castigado por igual (o incluso que deba ser castigado): ¿qué razón de peso puede aducirse para que un cómplice doloso en un hecho doloso reciba una pena inferior en grado a la del autor, mientras que la misma conducta objetiva, pero imprudente, sea peor tratada equiparando su pena a la del autor imprudente?”<sup>688</sup>.

En este estado y una vez que hemos tomado posición por el concepto restrictivo de autor en mérito a las razones antes detalladas, habrá que buscar de entre los varios criterios desarrollados alguno que permita diferenciar el autor del partícipe permitiendo aplicarlo al delito imprudente; siendo dicho modelo (restrictivo)<sup>689</sup> es el que mejor se acopla al delito imprudente tal como se halla regulado en el Código penal de 1995.

Pese a lo manifestado el intento por delimitar el autor y el partícipe conforme las teorías esgrimidas en líneas precedentes tanto desde un modelo extensivo como restrictivo de autor, no han sido vistas de manera general con beneplácito, recibiendo varias críticas, alguna de ellas merecedora del rechazo por la doctrina mayoritaria. Nos referimos a las teorías subjetivas, las que buscaban diferenciar el autor del partícipe a través de criterios psicológicos o aspectos internos del sujeto, lo que conlleva graves inconsistencias al verse supeditada la autoría de un hecho a que el sujeto que realizaba una conducta de propia mano si alegaba y probaba no actuar con interés de autor, era excluido jurídicamente como tal. Igual suerte tuvo la teoría objetivo-formal, que

<sup>688</sup> LUZÓN PEÑA, D. y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: “Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría”, en *AFDUA*, III-2000, pp. 77 y s.

<sup>689</sup> PÉREZ MANZANO, M.: Autoría y participación imprudente en el Código penal de 1995, Ed. Civitas, Madrid. 1999, p. 27; BENÍTEZ ORTÚZAR, I.: La participación en el delito imprudente en el Código penal español de 1995, Ed. Dykinson, Madrid. 2007, p. 20. En el mismo sentido LUZÓN PEÑA, D. y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: “Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría”, en *AFDUA*, III-2000, p. 80; GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, F.: Intervención delictiva e imprudencia, Ed. Comares, Granada. 2004, p. 27. En oposición, en favor de un concepto unitario de autor en los delitos imprudentes *vid.* BACIGALUPO ZAPATER, E.: Principios del Derecho penal. *PG*, 5ª edición, Ed. Akal/Lure, Madrid, 1998, pp. 385 y ss.

partiendo de su fundamento «autor es el que realiza la acción típica»; aspecto que ocasionaba indeterminación y debilidad, lo que forzaba a acudir a los tipos de la Parte especial y pese a ello la carencia de criterios materiales ocasionaba imprecisión para poder concretar la figura del autor<sup>690</sup>. No obstante, las teorías objetivo-materiales contribuyeron de alguna manera a la distinción de la autoría y la participación a través de criterios materiales en la parte objetiva del tipo (en función de la mayor o menor importancia de la acción respecto a la producción del resultado) buscando dicha distinción en el plano causal; método insostenible, ya que como se sabe, la causalidad se mueve en el campo ontológico, lo que resulta extraño a la valoración jurídico-penal.

Partiendo de las teorías objetivo-materiales, ya en los años sesenta se consolida la «teoría del dominio del hecho» llegando a ser la predominante entre la doctrina. Pese a ello, como lo tratamos *supra* en el apartado al que dedicamos su estudio, la teoría del dominio del hecho no ha estado exenta de críticas, pues tal y como estaba concebida por ROXIN, su incompatibilidad con el delito imprudente era evidente. Esta objeción hacía referencia a dos aspectos: El objetivo, donde la acción tiene cualidades por sí misma para situar a un sujeto en disposición de ejecutar la conducta descrita en el tipo y que se concreta en su elemento esencial, esto es, en el «dominio negativo». Dicho de otra forma, la posibilidad de impedir la producción del hecho delictivo; y, el subjetivo, cuyo fundamento estriba en que el sujeto abarque con su conocimiento la situación de dominio de tal manera que solo la combinación de estas dos vertientes asegure un auténtico dominio del hecho.

Conforme los puntos de vista esgrimidos anteriormente, al parecer la teoría que mejor conviene para determinar la autoría y diferenciarla de la participación (incluido los delitos imprudentes) es la auspiciada por LUZÓN PEÑA, en referencia a la «teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho»<sup>691</sup> con criterios objetivos para realizar dicha distinción, estableciendo

---

<sup>690</sup> Este particular se puede constatar por ejemplo, en el delito de homicidio, en que la acción típica aparece con el verbo «matar»; o en el delito de lesiones, cuando el tipo habla estrictamente de «menoscabar la salud o integridad física».

<sup>691</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C.: Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales, Ed.

como autor a aquella persona que lleva a cabo una acción que determina la dirección del curso causal y termine produciendo el resultado; de tal forma que si la conducta fija el hecho se acudirá a examinar las cualidades internas prescindiendo de la voluntad y el conocimiento del sujeto activo (elemento subjetivo), lo que posibilite diferenciar el autor del partícipe tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes (consciente o inconsciente); además de que se pueda distinguir en el delito imprudente las mismas clases de autoría que en la modalidad dolosa. Finalmente, destacar de la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho, que el fundamento material en el que LUZÓN PEÑA apoya el criterio de aquella, radica en la autonomía o no dependencia de otras acciones o factores para la producción del resultado.

## 2. La coautoría imprudente en el ámbito médico

La teoría objetiva y positiva del hecho conforme se ha analizado, es la que mejor engrana con los elementos de un concepto restrictivo de autor, respetuoso de una base material para distinguir la autoría de la participación, y lo que es más importante de cara a nuestra investigación, la viabilidad de su aplicación a los delitos imprudentes, formando una unidad en el sistema penal con los delitos dolosos. No obstante, si bien la teoría objetiva y positiva del hecho puede erigirse como un fundamento sólido para determinar la autoría y la participación<sup>692</sup>, este aspecto para nada resulta ser la panacea para tal cometido, ni su aplicación práctica resultará sencilla. Todo lo contrario, la dificultad en diversos supuestos será evidente al no tratarse de una «fórmula mágica»<sup>693</sup>. Así las cosas, en los supuestos de un solo interviniente cuya conducta se concrete en el resultado sin que haya intervenido un tercero, o la

---

Aranzadi, Navarra. 2003, pp. 132 y ss., saludando esta teoría como el intento más relevante para adoptar un concepto unívoco de autor, tanto para los delitos dolosos como para los imprudentes sobre la determinación objetiva del hecho. Destaca la calificación que LUZÓN PEÑA dio al dominio del hecho para los delitos imprudentes, esto es: «dominio potencial del hecho», independizándolo del «dominio negativo», entendiéndolo por este, como la capacidad de interrumpir el hecho.

<sup>692</sup> TERRAGNI, M.: El delito culposo, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe-Argentina, 1984, p. 147.

“la participación es una forma de ampliación del tipo de la pena, que requiere un manejo sumamente cuidadoso y estricto, pues el partícipe no realiza la acción típica”.

<sup>693</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: La autoría en Derecho penal. Ed. PPU, Barcelona. 1991, p. 677.

presencia de varios intervinientes en el hecho pero bajo un criterio jurídico-penal se destaque una de las acciones de entre las demás, no representaría mayor problema la determinación de la autoría. Estamos haciendo referencia a la autoría unipersonal imprudente, teniendo lugar “cuando una acción sin ninguna intervención ulterior de terceros determina fácticamente el curso causal del suceso hacia la producción o aparición del resultado; y ello a su vez, o bien bajo permanente influencia o configuración objetiva (lo que se llamaría control en caso de voluntad consciente) del decurso causal por parte del agente o provocando la eficacia autónoma del curso causal, es decir, la realización del peligro”<sup>694</sup>. En este sentido, ROSO CAÑADILLAS explica que “el autor unipersonal debe realizar la acción típica que o bien está ya descrita por la ley, o bien es la que conduce inexorablemente a la producción del resultado concreto por ser, como ya he dicho, la *más apta, idónea, adecuada, apropiada y peligrosa, es decir, a la que le es inherente por su conformación la producción de un resultado con unas determinadas características propias*; por ello se convierte en la acción central típica”<sup>695</sup>.

En el ámbito médico-sanitario pese a que los supuestos de autoría unipersonal puedan prevalecer en la práctica (a través de una intervención corporal por manipulación directa o por medio de prescripción de fármacos)<sup>696</sup>, como se ha señalado en el transcurso de este trabajo, las nuevas estructuras de organización conlleva la interacción de varias personas cuya labor se la realiza de forma simultánea o sucesiva (en etapas); situación que se ha ido

<sup>694</sup> LUZÓN PEÑA, D.: “La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado”, en *ADPCP*, t. 42, 1989, p. 898.

<sup>695</sup> ROSO CAÑADILLAS, R.: *Autoría y participación imprudente*, Ed. Comares, Granada, 2002, p. 539. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: *La autoría en Derecho penal*. Ed. PPU, Barcelona. 1991, p. 642, advierte que en los delitos puramente resultativos el criterio de la intervención de propia mano no es decisivo, sí siéndolo, la completa ejecución del tipo.

<sup>696</sup> Entre la jurisprudencia la STS 24 de noviembre de 1989 (ROJ 6719/1989) (Pte. García Pérez) condena a un especialista en Psiquiatría como autor directo y material de un delito de imprudencia temeraria con resultado de muerte tras aplicar al paciente una inyección de «Pentothal sódico» sin cerciorarse suficientemente que el paciente haya hecho ya la digestión, y sin tener a mano el equipo de reanimación necesario para la intubación endotraqueal en caso de reacciones adversas en el paciente, situación que a la postre ocurrió causando su fallecimiento; STS de 14 de septiembre de 1990 (ROJ 16510/1990) (Pte. Román Puerta) condena a un Médico Especialista en Aparato Circulatorio como autor de un delito de imprudencia temeraria por practicar en la paciente una arteriografía, omitiendo que ésta era diabética y arterioesclerótica, patologías que contravienen la práctica de dicho procedimiento, lo que a la postre tras producirle varias afecciones, la paciente fallece.

generalizado en esta rama científica. De esta forma el panorama no se proyecta nada fácil, pues la aplicación de la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho encuentra cierta dificultad debido a la concurrencia de varias conductas que pudieran concretarse en el resultado. Así como la constatación de que éstas cumplan ciertos requerimientos como la imputación objetiva y su desvalorización como conducta imprudente. Sumado a esto, habrá que identificar aquella o aquellas acciones que son determinantes para el resultado, añadiendo lo complejo de la labor médico-sanitaria.

De lo dicho en líneas precedentes, conseguir criterios y fundamentos ajustados en procura de determinar responsabilidades no se presenta como algo pacífico. Así lo reconoce ROSO CAÑADILLAS, cuando destaca que “desgraciadamente las interrelaciones sociales no son tan simples [*scil.* el caso de la viga, en que varios obreros, levantando cada uno una parte de la viga, la lanzan al vacío, alcanzando, involuntariamente, a un transeúnte que termina falleciendo]<sup>697</sup> y tienden a complicarse, debido a las divisiones de trabajo, a las delegaciones de actividades a subordinados, estableciéndose una larga cadena de intervenciones hasta llegar a la producción del resultado lesivo y ya no nos podemos basar sólo en el saber experimental, sino que, junto a éste, entran en juego otro tipo de valoraciones de carácter normativo para analizar el enmarañado panorama delictual<sup>698</sup>. En este estado de las cosas, procurando establecer una correcta aplicación de la determinación objetiva y positiva del hecho en el ámbito médico-sanitario realizado generalmente en división de trabajo, lo primero que habrá que determinar será los elementos que caracterizan a cada forma de autoría; es decir, independientemente de la autoría unipersonal, recurriremos al análisis de la coautoría y la autoría mediata.

### 2.1. Conceptualización de la coautoría

---

<sup>697</sup> *Vid., supra*, cap. III, 1.6.

<sup>698</sup> ROSO CAÑADILLAS, R.: *Autoría y participación imprudente*, Ed. Comares, Granada, 2002, p. 565 y s.

Por primera vez en la legislación española con el CP de 1995 (al menos de forma expresa) junto con los supuestos de autoría individual (inmediata o mediata) se recoge la calificación de aquellos sujetos que realizan el hecho conjuntamente; aspecto que la doctrina y la jurisprudencia lo identifica con la tradicional «coautoría». De esta manera, legalmente los coautores son auténticos autores del hecho<sup>699</sup>.

Generalmente, la doctrina concibe como coautores a quienes realizan conjuntamente en sentido amplio y de mutuo acuerdo un hecho, repartiéndose la realización del tipo de autoría sin que nadie de ellos por sí solo realice completamente el hecho, lo que implica que a ninguno se lo pueda considerar partícipe del hecho de otro<sup>700</sup>. De manera que cada autor domina el suceso global en colaboración con otro u otros<sup>701</sup>.

Otra de las concepciones acerca de la coautoría imprudente, se registra cuando dos o más personas se ponen de acuerdo en el actuar descuidado o imprudente<sup>702</sup> v.gr. “dos cirujanos que, sin tomar cada cual las mínimas precauciones de asepsia y poniéndose de acuerdo al estimar como superfluas tales precauciones, intervienen al mismo tiempo y determinan la septicemia causante del fallecimiento del paciente”<sup>703</sup>. WELZEL explica que, es autor “quien en posesión de las cualidades personales de autor es portador de la decisión común respecto del hecho y en virtud de ello toma parte en la

<sup>699</sup> GARCÍA DEL BLANCO, V. y RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, M.: “El caso Alakrana: Un ejemplo extremo de la inadmisibles sobrevaloración del mutuo acuerdo en la coautoría”, en *RDPCr.*, núm. 7, 2012, p. 267.

<sup>700</sup> MIR PUIG, S.: *Derecho penal. PG*, 10.ª edición, Ed. Reppertor, Barcelona. 2015, 403 y s.

<sup>701</sup> JESCHECK, H. y WEIGEND, T.: *Tratado de Derecho Penal. PG*, trad. OLMEDO CARDENETE, M., 5.ª edición, Ed. Comares, Granada. 2002, p. 726.

<sup>702</sup> JORGE BARREIRO, A.: *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Ed. Tecnos, Madrid. 1990, p. 126; también, sobre la coautoría en el delito imprudente *vid.* COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás: *Derecho Penal. PG.*, 2.ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 1987, p. 522.

<sup>703</sup> JORGE BARREIRO, A.: *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Ed. Tecnos, Madrid. 1990, p. 126; en este sentido, CORCOY BIDASOLO, M.: *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Ed. Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona. 1989, p. 353, hace referencia a un supuesto de la jurisprudencia en el que se acepta la coautoría imprudente por existir un acuerdo de voluntades, considerando coautores al conductor y su acompañante; el primero por conducir desatentamente y el segundo por dar un golpe brusco al volante.

ejecución del delito”<sup>704</sup>. Pese a ello, un concepto concebido de esta manera no resulta determinante ya que identificar al coautor como aquel que realiza un delito entre varias personas que previamente han acordado su comisión, no aporta en nada el poder diferenciar entre autoría y participación, por lo que este concepto estará supeditado (limitado) a la teoría de autor que se adopte<sup>705</sup>; siendo en nuestro caso la estricta realización del hecho típico en atención al concepto restrictivo<sup>706</sup>.

Habiendo optado el modelo restrictivo de autor, creemos que para entender la verdadera dimensión de la coautoría en el ámbito de nuestro estudio, es conveniente su tratamiento examinando la posible incidencia de dicha figura en el principio de división del trabajo, estructura en donde confluyen varias conductas que persiguen un objetivo en común.

## 2.2. El principio de división de trabajo y la coautoría imprudente en el ámbito médico-sanitario

Según indica JESCHECK, “la coautoría consiste en una «división del trabajo» que hace posible el delito, lo facilita o disminuye sustancialmente el riesgo del hecho”<sup>707</sup>. Así las cosas ¿el principio de división del trabajo explicaría por sí solo la coautoría penal imprudente? Sin haber abordado los requisitos estructurales de la coautoría pero si haberlo hecho en relación al criterio utilizado para determinar el autor o autores del mismo (la determinación objetiva y positiva) procurando despejar la inquietud anterior la respuesta debe ser negativa, puesto que la coautoría no deja de ser una forma más de autoría

<sup>704</sup> WELZEL, H.: Derecho Penal Alemán, 4.<sup>a</sup> edición en español, traducción del alemán por BUSTOS RAMÍREZ, J. y YÁNEZ PÉREZ, S., Ed. Jurídica de Chile, Chile. 2002, p. 129.

<sup>705</sup> Conforme a la concepción de la teoría objetivo-formal de autor interpretada en sentido estricto, será autor quien realice algún acto típico. Situación que no resulta ser tan convincente conforme la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho, *vid.* DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: La autoría en Derecho penal. Ed. PPU, Barcelona. 1991, p. 691, se requiere necesariamente que su comportamiento abarque todos los elementos del tipo penal y no sólo alguno.

<sup>706</sup> Al respecto *vid.* DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: “Autoría y participación”, en *REJ*, núm. 10, 2008, p. 30.

<sup>707</sup> JESCHECK, H. y WEIGEND, T.: Tratado de Derecho Penal. *PG*, trad. OLMEDO CARDENETE, M., 5.<sup>a</sup> edición, Ed. Comares, Granada. 2002, p. 726.

reconocida en el CP<sup>708</sup>. En consecuencia, el criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho, no sería coincidente con el principio de división del trabajo. Pese a esto, esta cuestión no se presenta del todo pacífica, ya que como quedó citado al inicio de este epígrafe, hay autores<sup>709</sup> que han tratado de defender la coautoría desde el principio de división del trabajo.

De lo expuesto, en principio la relación coautoría-división del trabajo no aparece como próspera a efectos de determinar la aportación de cada individuo, y en consecuencia establecer la autoría. De ahí que se intentará delimitar la responsabilidad de los intervinientes en un ámbito como el médico-sanitario, cuya labor (generalmente) se halla organizada bajo el principio de división del trabajo. Por lo manifestado y en aras de extraer las conclusiones correspondientes, examinaremos los diferentes usos que la doctrina en el ámbito de la coautoría pretende asignar al principio antes en referencia.

### 2.2.1. La teoría de RUÍZ ANTÓN

Este autor fundamenta la coautoría en el principio de división del trabajo, basado en el reparto de tareas entre los intervinientes del hecho delictivo. A efecto de comprobar esta perspectiva habrá que acudir a la literalidad de su explicación: “La estructura de la coautoría está basada en el principio de la división del trabajo; es decir, en la interdependencia funcional entre cada uno de los que conjuntamente intervienen en el proceso directo de ejecución del delito [...] Se habla, de este modo, de un dominio funcional del hecho para poner de manifiesto el carácter orgánico, basado en la división del trabajo de los actos realizados por los coautores”<sup>710</sup>. En principio, esta concepción resultaría desatinada, pues calificar como coautores a quienes intervienen en la modalidad de división del trabajo extendería de manera exagerada el concepto

<sup>708</sup> CP español, conforme la LO 1/2015, Art. 28. “Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento...”

<sup>709</sup> WELZEL, H.: Derecho Penal Alemán, 4.<sup>a</sup> edición en español, traducción del alemán por BUSTOS RAMÍREZ, J. y YÁNEZ PÉREZ, S., Ed. Jurídica de Chile, Chile. 2002, p. 129; JESCHECK, H. y WEIGEND, T.: Tratado de Derecho Penal. PG, trad. OLMEDO CARDENETE, M., 5.<sup>a</sup> edición, Ed. Comares, Granada. 2002, p. 726.

<sup>710</sup> RUÍZ ANTÓN, L.: El agente provocador en el Derecho penal, Ed. Edersa, Madrid. 1982, pp. 170 y s.

de autor, conllevando a subsumir en coautoría aquellas conductas que están en fases alejadas a la realización del hecho delictivo, o sencillamente no son determinantes para la producción del mismo. Esto se puede apreciar en el ejemplo que RUÍZ ANTÓN ofrece: “la persona que construye o que pone en manos de los ejecutores la llave que permite abrir la caja fuerte será autor si ostenta el dominio funcional de la realización típica. Tales casos, sin embargo, en nuestro sistema penal no pueden considerarse de coautoría. La inclusión en la coautoría supone una ampliación excesiva del concepto de autor a expensas de otros comportamientos criminales con una configuración autónoma”<sup>711</sup>.

Como se podrá notar, el supuesto anterior delata cierta inconsistencia al pretender apreciar coautoría teniendo como único fundamentado el principio de división del trabajo. No obstante, para evitar imprecisiones RUÍZ ANTÓN pone como límite a esta teoría la fase de intervención en que los sujetos toman partido en el hecho delictivo. Siendo más explícitos: la coautoría se reserva para aquellos sujetos que organizados en régimen de división del trabajo realizan su intervención en fase ejecutiva; mientras que el resto de intervinientes, cuyas aportaciones están fuera de esta fase, serán considerados partícipes (inductores, cooperadores necesarios o cómplices)<sup>712</sup>. Al hilo de esto, el profesor español insiste en que la coautoría tiene una composición estructural propia que la diferencia de los otros tipos de autoría, misma que es explicada conforme a dos requisitos: a) el subjetivo, que “requiere un concierto de voluntades del que deriva, aunque sea sólo en su fase más elemental, una división de funciones en el proceso ejecutivo; y, b) el objetivo, habiendo “que cifrar en la imprescindible necesidad de que cada uno de los coautores intervenga en la última fase de verificación del delito; esto es, los coautores, para asumir la condición de tales, deben realizar un comportamiento que analizado en relación con el de los demás coautores fundamente directamente el desvalor del injusto”<sup>713</sup>.

---

<sup>711</sup> *Ibíd.*, p. 172.

<sup>712</sup> *Ibíd.*, p. 176.

<sup>713</sup> *Ibíd.*, pp.175 y s.

De esta forma, lo que se puede extraer de este planteamiento, radica en que pese a las restricciones propuestas por dicho autor persiste su amplitud, siendo incompatible con el modelo restrictivo de autor. En este sentido, de acuerdo con su perspectiva, será intrascendente el grado de aportación que se realice en el hecho, pues independientemente de que se trate de una actuación en conjunto con otros, por haberlo realizado en la fase ejecutiva y bajo un plan común la calificación será la de coautoría.

Dicho lo anterior, resulta incompatible basar la coautoría en el principio de división del trabajo ya que significaría que en el ámbito médico-sanitario donde el desarrollo de esta actividad se halla organizada mediante este principio, la concurrencia de conductas imprudentes equivalga a coautoría; idea que debe ser rechazada. Con independencia de lo dicho, hacer referencia a un acuerdo o plan común entre los intervinientes *v.gr.* en la modalidad vertical de la división del trabajo, raya en lo absurdo e inconsistente, puesto que como lo analizamos en su momento esta modalidad se desarrolla bajo un régimen jerárquico en el que unos sujetos acatan las disposiciones de sus superiores sin que tenga que existir un acuerdo en relación al contenido de dicha disposición.

Otra de las circunstancias por las que la propuesta de RUÍZ ANTÓN se muestra como inviable para establecer la coautoría, radica en que la base del principio de división de trabajo imbrica en desconocer el contenido del elemento objetivo requerido para hablar de dicha figura. Es decir, para poder atribuir coherentemente un resultado lesivo a una acción conjunta faltaría necesariamente la «parcialidad» de cada una de las aportaciones de los que a la postre son denominados como coautores<sup>714</sup>.

### 2.2.2. La teoría de ROXIN (dominio funcional del hecho)

---

<sup>714</sup> Haciendo algunas críticas a RUÍZ ANTÓN y proponiendo varias observaciones, *vid.* DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: La autoría en Derecho penal. Ed. PPU, Barcelona. 1991, pp. 524y ss.

De acuerdo con la teoría funcional del hecho son coautores quienes realizan conjuntamente el mismo con división de trabajo, siendo la aportación de cada interviniente en fase ejecutiva lo esencial para la consecución del resultado, estando en disposición de cada uno el hecho global. Según ROXIN, la clave para establecer cuándo se da un supuesto de coautoría pasa porque se pueda determinar el contenido de la interdependencia que debe existir entre todos los intervinientes que cooperan en la consecución del hecho. El maestro alemán lo ilustra de la siguiente manera: “si partimos de ejemplos en los que el cooperador, sin tener el dominio de la acción ni el de la voluntad, satisface en la medida de lo posible el criterio, para nosotros decisivo, de ser la «figura central del suceso de la acción» y si pensamos, por ejemplo, en el atracador del banco con la pistola o en el interviniente en el asesinato que sujeta a la víctima, la situación es la siguiente: el interviniente no puede ejecutar nada solo; la intimidación de los empleados del banco o el sujetar a la víctima no realizan el resultado: únicamente si el compinche coopera «funciona» el plan. Pero también el otro se ve igualmente «desamparado»; de no quedar inmovilizados los empleados del banco, sería detenido, y de no sujetar nadie a la víctima, ésta se defendería o huiría. Así pues, para ambos la situación es la misma: sólo puede realizarse su plan actuando conjuntamente; pero cada uno por separado puede anular el plan conjunto retirando su aportación. En esta medida cada uno tiene el hecho en sus manos”<sup>715</sup>. De esta forma ROXIN, prevalido de la siguiente fórmula resume el «dominio del hecho funcional»: la coautoría existirá siempre que para hacer concluir el hecho se requiera la cooperación de todos, pero para impedir el desenlace basta uno solo<sup>716</sup>.

La coautoría necesitará un reparto de funciones entre los intervinientes de tal forma que se origine un vínculo de dependencia funcional entre las aportaciones de cada uno de los intervinientes, *v.gr.* “es coautor el que queda vigilando si la ejecución del hecho exigía un puesto así, esto es, si esta actividad aparecía como función autónoma en el marco de la cooperación bajo

---

<sup>715</sup> ROXIN, C.: Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, trad. de la 7.<sup>a</sup> edición alemana por CUELLO CONTRERAS, J. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J., Ed. Marcial Pons, Madrid. 2000, p. 309.

<sup>716</sup> *Ibíd.*, p. 310.

la forma de división del trabajo”<sup>717</sup>. Sin embargo, el penalista alemán reconoce que estos parámetros son «directrices» o valores relativos, razón por la que trata de regular el asunto con criterios limitadores explicando que “si se quisiera determinar formalmente el punto de vista de la interdependencia, de la imbricación de las aportaciones de una manera adecuada a cualquier situación imaginable, sólo podría decirse que alguien es coautor si ha desempeñado una función que era de importancia esencial para la concreta realización del delito. Se trata de un «principio regulativo»: el concepto de la «importancia esencial» carece de por sí de contenido aprehensible. Sólo tiene el sentido de posibilitar al juez, con ayuda de la idea directriz material de la dependencia funcional, una solución que satisfaga las singularidades del caso concreto. El concepto de dominio del hecho funcional no permite mayor grado de fijación”<sup>718</sup>.

Al hilo de lo dicho, se advierte sobre las consecuencias de fundamentar únicamente la autoría en el principio de división del trabajo, pues “podría fundamentarse la posibilidad de coautoría del que realiza actos preparatorios por medio de la idea de la división del trabajo, del desempeñar conjuntamente distintos papeles en el marco del plan unitario [...] con una postura así sería posible sustraerse a la crítica de que se esté retrocediendo a la teoría del *animus*, pues el principio de la división del trabajo es de naturaleza objetiva. Al menos si se considera autor a aquel que desempeña el papel de realizar actos preparatorios, con independencia de su posición con respecto al hecho”<sup>719</sup>. Pese a esto, matizando en parte lo antes aseverado, el maestro alemán considera que “la idea de división del trabajo acierta en la esencia de la coautoría únicamente si se limita a la fase ejecutiva. Solo en ella la imbricación de los actos individuales procura a los intervinientes el dominio conjunto sobre el acontecer típico [...] no hay fundamentación razonable de que toda colaboración en el marco de la división del trabajo, por alejada e insignificante que sea, independientemente de todo dominio sobre el suceso, tenga que

---

<sup>717</sup> Por el contrario, si dicho sujeto que hace las veces de vigilante fuese un «aprendiz» que incorporaron al acto delictuoso con el fin de que se foguee, y por esta razón su ubicación estaría en un sitio poco importante –no gravitante– para la consecución del hecho, el maestro alemán considera que sólo sería partícipe, *vid. ibíd.*, p. 313.

<sup>718</sup> *Ibíd.*, p. 314.

<sup>719</sup> *Ibíd.*, p. 331.

extrañar coautoría. Los resultados serían intolerables y limitarían el ámbito de la participación de manera aún más ostensible que en la jurisprudencia del RG<sup>720</sup>.

En definitiva, creemos que la teoría del dominio funcional parece no lograr dar explicaciones del todo claras que fundamenten la coautoría, siendo pertinente acotar su aplicación a las conductas realizadas en fase ejecutiva; de no ser así, en contrario, hablaríamos de una extensión innecesaria en la aplicación de esta figura. Por otro lado, para evitar imprecisiones, ROXIN procura esclarecer el contenido de la interdependencia a través de la «esencialidad» de la conducta. No obstante, como ya se mencionó anteriormente, en el ámbito de la división del trabajo dicha esencialidad en la conducta de los intervinientes se difumina por encontrarse alejada de la producción del hecho lesivo.

### 2.2.3. La teoría de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO

Al igual que los autores anteriormente citados, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO matiza algunos aspectos valiéndose del principio de división del trabajo para dar una explicación a la coautoría. Para este autor “el acuerdo con división del trabajo o acumulación de esfuerzos es lo que permite hablar de una *acción conjunta* formada por actos parciales; cuando esos actos parciales no serían suficientes por sí solos para determinar objetiva y positivamente el hecho, pero sí la conjunción de ellos, para poderse hablar de *una acción* determinante es necesario que la misma presente una conexión, que se explica estructuralmente por la existencia de un acuerdo con reparto de funciones o suma de esfuerzos [...] en la coautoría, el acuerdo con división del trabajo o suma de esfuerzos explica la posibilidad estructural de realizar *una acción* entre varios<sup>721</sup>. Luego, “en la coautoría ocurre algo similar a lo que sucede en la autoría mediata: por un lado, habrá que determinar cuándo se puede decir que estructuralmente varios realizan un hecho conjunto (no varios hechos individuales), es decir actúan conjuntamente, a cuyo respecto la idea de la

<sup>720</sup> *Ibíd.*, p. 333.

<sup>721</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: La autoría en Derecho penal. Ed. PPU, Barcelona. 1991, p. 656.

división acordada (en sentido amplio) del trabajo o la de la conjunción acordada de esfuerzos proporcionan un buen fundamento<sup>722</sup>. Partiendo de esto, al parecer la clave para determinar la coautoría en los delitos dolosos e imprudentes<sup>723</sup> radica en la división del trabajo, entendido como el reparto de tareas diferenciadas o realizadas individualmente de uno en uno, tal es el caso de los supuestos en que todos (o varios) se empeñan en la misma tarea<sup>724</sup>. Sin embargo, faltaría otro elemento objetivo; nos referimos a la imposibilidad de que cada una de las acciones efectuadas pueda determinar por sí solas el hecho delictivo; y, por supuesto, que se cumpla la determinación objetiva y positiva cuya concurrencia resulta ser el elemento característico de la autoría.

Conforme esta teoría, se puede concluir lo poco satisfactorio que resulta considerar la división del trabajo (entendida como el reparto de actividades conforme el acuerdo de los intervinientes) para que por sí misma pueda fundamentar la coautoría sin necesidad de otro requisito que no sea la concurrencia en las acciones de los partícipes de los demás elementos del tipo. Ya que en la práctica, se estaría admitiendo un concepto unitario de autor, lo que a efectos del tema de nuestro estudio podría acarrear algunos inconvenientes.

Así las cosas, de tomar como referencia esta teoría, todas las conductas imprudentes en el quehacer médico-sanitario, prácticamente serían calificadas como coautoría del resultado lesivo sin tomar en consideración aspectos como: la gravedad de la conducta, el momento en el que se lo realiza, la clase de aportación al hecho, etc. Concomitantemente, desde un concepto restrictivo, esta teoría se muestra inviable al no poder explicar la coautoría desde la división del trabajo haciéndose necesaria la adopción de otros criterios complementarios que posibiliten por el cause de la división del trabajo el poder determinar cuándo existe coautoría y cuándo no. Al hilo de esto, se puede inferir que si bien el principio de división del trabajo en sí no puede fundamentar

---

<sup>722</sup> *Ibíd.*, p. 690.

<sup>723</sup> Al menos conforme la división del trabajo, estructuralmente, tiene sentido hablar de coautoría en los delitos imprudentes, *vid. ibíd.*, p.565.

<sup>724</sup> Por ejemplo, entre todos sostienen una pesada piedra que arrojan por el balcón para aplastar a un sujeto que, como tenían previsto, pasa por allí), *vid. ibíd.*, p. 690.

la coautoría ya que al mantener un concepto restrictivo de autor lo que se pretende es calificar como autoría las conductas que más directamente afecten al bien jurídico resulta incoherente e iluso vincular todas ellas a la coautoría, e inclusive cuando alguna de estas de cara a la producción del resultado tenga poca relevancia, surgiendo la posibilidad más bien de considerarlas como participación.

### 2.3. La coautoría imprudente vista desde la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho

La teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho ofrece un concepto que explica la coautoría tal y como lo han propuesto ya otros sectores doctrinales destacando su aplicación a los delitos imprudentes<sup>725</sup>, dotándole de contenido a los requisitos objetivo y subjetivo. En este sentido DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, entiende que “la coautoría sólo se da cuando varios sujetos acordados y dividiéndose el trabajo realizan en conjunto la acción que determina positivamente el sí y el cómo del hecho. Esta acción no puede ser otra que la que sirve para decidir quién es autor individual inmediato y quién es autor mediato por realizar esa acción a través de otro. La acción es siempre la misma, aunque la estructura de su realización varía en cada caso: unas veces se realiza inmediatamente, otras a través de otra persona, y otras junto con otra u otras personas”<sup>726</sup>.

<sup>725</sup> No hay uniformidad de criterios respecto a la aceptación de la coautoría en el delito imprudente cuya crítica se centra en el requisito del tipo subjetivo del «acuerdo» (caso contrario, habría autoría accesoria imprudente o concurrencia de imprudencias, vid. LUZÓN PEÑA, D.: “La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado”, en *ADPCP*, t. 42, 1989, p. 898 y s.) exigido generalmente en esta clase de autoría. No obstante, conforme lo señala GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, F.: *Intervención delictiva e imprudencia*, Ed. Comares, Granada. 2004, p. 161,162 y ss., «la balanza se tiende a inclinar» pues, pese a que los detractores argumentan la falta de *voluntas scaeleris*, «tal imposibilidad ha sido superada por los doctrinarios y la práctica jurisprudencial»; sobre la admisión de la coautoría en el delito imprudente haciendo referencia a varios autores, vid. ROSO CAÑADILLAS, R.: *Autoría y participación imprudente*, Ed. Comares, Granada, 2002, p. 562; también en LUZÓN PEÑA, D. y DÍAZ GARCÍA Y CONLLEDO, M.: “Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría”, en *AFDUA*, III-2000, p. 83 y s.

<sup>726</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: *La autoría en Derecho penal*. Ed. PPU, Barcelona. 199, p. 677. Disintiendo con este criterio CERESO MIR, J.: *Derecho Penal. PG.*, 2.<sup>a</sup> edición, Ed. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2000, p. 194, considera que esta teoría tiene consecuencias injustas pues, al restringir el tipo trata como partícipes o deja en la impunidad a intervinientes cuya conducta se subsumiría en coautoría.

## 2.3.1. Requisito objetivo: la co-determinación del hecho

En referencia a este requisito, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, señala que “habrá que precisar si lo realizado entre varios realmente domina el hecho, es decir, lo determina objetiva y positivamente; sólo la acción conjunta (es decir, el grupo de acciones vinculadas de tal modo que se pueda afirmar que constituyen una superior acción común) que posea características de la determinación objetiva y positiva del hecho fundamenta la coautoría, y hace que quienes la realizan sean auténticos coautores”<sup>727</sup>. De esta manera, lo trascendente es determinar si los sujetos que actúan conjuntamente co-dominan objetiva y positivamente el hecho, caso contrario, se hablaría de autoría individual (unipersonal) respecto de la persona que determina objetiva y positivamente el hecho, haciendo de los demás intervinientes partícipes en la conducta. Esto se puede verificar de forma más clara con el siguiente supuesto: A sujeta a C para que B le clave un cuchillo. Así, quien determina el hecho objetivo es B y la función de A sólo se reduce a una cooperación en fase ejecutiva. Dicho lo anterior, si bien es cierto que la actividad de A constituye una aportación necesaria para que B lleve a cabo su cometido, la acción de A no determina objetiva y positivamente el hecho, tratándose en todo caso de una acción ejecutiva de ayuda ajena al tipo penal de lesiones personales<sup>728</sup>, lo

<sup>727</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: La autoría en Derecho penal. Ed. PPU, Barcelona. 199, p. 690.

<sup>728</sup> En contra de este posicionamiento GIMBERNAT ORDEIG E.: Autor y cómplice en Derecho penal, Ed. Universidad de Madrid. Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones e Intercambio, Madrid.1966, p. 108, al considerar que la acción de aferrar con fuerza en nuestro ejemplo a C, es suficiente para que se configure la acción típica “la conducta que del que aferra a la mujer mientras otro yace con ella no es que sea ejecutiva porque se halle íntimamente unida a la acción típica: es que lo es porque es ya parte de la acción típica [...] es más que comienzo de ejecución: es comienzo –en los delitos compuestos sí que se puede decir esto– de la acción típica. Se trata, pues, de una acción ejecutiva que no se halla al principio del proceso de ejecución, sino en un estado ya relativamente avanzado del mismo”; en el mismo sentido, CEREZO MIR, J.: Derecho Penal. *PG.*, 2.ª edición, Ed. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2000, p. 194, “El que sujeta a la víctima para que otro le clave el cuchillo [...]se enfrenta también directamente con la norma. Es más, la cooperación con actos ejecutivos de esas personas es un elemento esencial para el fundamento de lo injusto específico de esas figuras delictivas”. En una postura mucha más radical y novedosa, MIR PUIG, S.: Derecho penal. *PG*, 10.ª edición, Ed. Reppertor, Barcelona. 2015, p. 405 se refiere a quien “sujeta a la mujer para que otro pueda tener acceso carnal con ella no sería verdadero autor, sino sólo partícipe de la violación, porque no es él quien «tiene acceso carnal». El problema es que tampoco el que tiene acceso carnal realiza por sí solo la violación, pues «tener acceso carnal» no es aún «violar», La posición aquí expuesta debería llegar a la curiosa conclusión de que en el caso contemplado no hay ningún autor en sentido propio”.

que implica que su actuar no pueda ser considerado como una acción típica nuclear<sup>729</sup>. En este sentido y bajo la propuesta de ROXIN (dominio funcional del hecho) quedaría al descubierto algunas contradicciones que pueden conducir a una ampliación indebida de la coautoría en sede restrictiva de autor. Concomitantemente, si atendemos a un concepto de autor desde la doctrina de la determinación objetiva y positiva del hecho, coincidente con una restricción de autor lo más limitada posible, será viable establecer con meridiana claridad la distinción entre coautores y partícipes; en tanto que los primeros serán quienes conjuntamente con otros determinen el «si» y el «cómo» de la conducta punible (co-determinen objetiva y positivamente el hecho), y los segundos, serán aquellos que únicamente hagan nacer en otro la idea criminal (inductor), presten ayuda o colaboren (cómplice o cooperador necesario, según se ale caso) para la realización del hecho sin tener el dominio objetivo y positivo del mismo.

Siendo la co-determinación del hecho lo trascendente para determinar la coautoría en la acción conjunta de varios intervinientes, la doctrina ha configurado algunos sub-requisitos: en primer lugar, como punto de partida, la exigencia del al menos dos acciones en la producción del hecho delictivo; en segundo lugar, comprobar si entre las acciones alguna de ellas cumple por sí sola con el criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho; ya que de no ser así, estaríamos ante una autoría unipersonal y no coautoría<sup>730</sup>; y, en tercer lugar, la comprobación de que la conjugación o el nexo de las acciones realizadas por los distintos intervinientes es la que co-determina objetiva y positivamente el hecho. Así las cosas, no sería suficiente la concurrencia de dos o más acciones con independencia de que lleguen a tener relevancia penal, necesitándose la necesidad mutua entre al menos dos acciones, de tal

<sup>729</sup> Opinamos que la solución esgrimida es bastante coherente pues, pese a que el cooperador incide en la consecución del hecho respecto del victimario –quien acuchilla a la víctima– partiendo de la determinación objetiva y positiva del hecho en relación a un concepto restrictivo de autor, quien aferra a la víctima no tiene la determinación positiva sobre la consecución del resultado; por tanto, se constituiría en cómplice.

<sup>730</sup> ROSO CAÑADILLAS, R.: Autoría y participación imprudente, Ed. Comares, Granada, 2002, p. 561 y s., “la coautoría se debe diferenciar de la pluriautoría, en donde varios intervinientes concurren cumulativamente a la producción del resultado y cada uno de ellos puede ser considerado individualmente autor, ya que cumple con los requisitos del tipo y su aportación por sí sola hubiera producido el resultado. Sin embargo, en la coautoría las aportaciones son incompletas y sólo de su unión se puede llegar a la producción del resultado”.

forma que su unión sin requerimiento de ninguna otra pero sin poder prescindir de aquélla de la que depende, es lo que conduce al resultado final. Siendo así, se proponen criterios materiales que posibiliten distinguir no sólo entre conductas de autoría y complicidad sino también entre autor y cooperador necesario<sup>731</sup>, cuestión esta última, harto difícil.

### 2.3.2. Requisito subjetivo: el acuerdo o plan común

A parte del elemento objetivo para determinar si estamos ante un supuesto de coautoría, se ha de verificar si aquellos que actúan conjuntamente determinan objetiva y positivamente el hecho. Dominio objetivo y positivo que para que pueda operar en sede de coautoría, los sujetos que deciden y llevan a cabo el «si» y el «cómo» del hecho deben haber actuado bajo un plan común y con división de trabajo o acumulación de esfuerzos. Aspectos éstos identificados comúnmente como elementos subjetivos de la coautoría.

Dicho acuerdo es uno de los requisitos fundamentales para concretar la determinación objetiva y positiva de los coautores. Entendiéndose por acuerdo la previa resolución conjunta de ejecutar el hecho entre varios sin necesidad de entrar a determinar los actos materialmente realizados, debiendo concurrir como única exigencia, que antes de la comisión del hecho los sujetos hayan concertado llevar a cabo el mismo (acuerdo)<sup>732</sup>. Parte de la doctrina ha sido coincidente en aceptar el «acuerdo» como argumento característico y diferenciador de la coautoría<sup>733</sup>; prueba de ello es que el desarrollo de dicha concepción para el delito imprudente se la atribuye a LUZÓN PEÑA, y que

<sup>731</sup> La diferencia entre la conducta del cooperador necesario y el coautor ha de verse en que éste debe intervenir en el proceso ejecutivo del delito; realiza una conducta que considera en función de la que llevan a cabo los otros coautores, fundamenta directamente –y no mediatamente, como sucede en la cooperación necesaria– el injusto típico”, *vid.* RUÍZ ANTÓN, L.: El agente provocador en el Derecho penal, Ed. Edersa, Madrid. 1982, p. 175.

<sup>732</sup> Sin embargo, esta circunstancia no siempre es estanca, pues habrá casos en que por apariencia un hecho pueda calificarse como coautoría, no obstante, la falta del elemento subjetivo (falta de acuerdo) descarte tal posibilidad, quedando calificar la conducta como autoría accesoria imprudente.

<sup>733</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: La autoría en Derecho penal. Ed. PPU, Barcelona. 1991, p. 653 y ss., cita varios autores alemanes y españoles que exigen el acuerdo para considerar la coautoría; el mismo, de igual forma hace referencia a autores quienes disienten con este requisito, *ibíd.* p. 657, 658 y ss.

luego es completada por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, la que ha sido seguida en lo posterior por una amplia escuela<sup>734</sup>.

Las razones por las que la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho exija un acuerdo para afirmar la coautoría se reconducen a dos aspectos: a) En primer lugar, dicho acuerdo posibilita hacer responder a cada interviniente de las acciones realizadas por los demás sujetos que determinaron el hecho, respetando de esta forma el principio de responsabilidad personal y evitando endilgar a alguien hechos ajenos. En este sentido, si partimos de la determinación objetiva y positiva del hecho, debemos referirnos a un «acuerdo común» (no como un acuerdo previo tal como lo exigió en algún momento el TS<sup>735</sup>), ya que éste no solo que sirve de elemento constitutivo de la coautoría, sino que, prescindiendo del mismo, no sería posible hacer responsable a cada uno de los intervinientes por el hecho realizado. Partiendo de esta idea, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO explica que “es correcto exigir ese acuerdo común mínimo (en el sentido de que puede ser tácito) en la coautoría, por diversas razones. Una de ellas es la derivada del mal llamado principio de culpabilidad –y que debería llamarse principio de responsabilidad subjetiva– (o necesidad de que exista también un injusto subjetivo), pues, al igual que en cualquier otra forma de intervención, al sujeto no se le puede hacer responder, al menos a título de dolo, por aquello que no conoce o no quiere (por ejemplo, por los excesos de otro interviniente) [...] el acuerdo en la coautoría permite hacer responder a cada uno de los coautores por lo que hacen los demás”<sup>736</sup>.

---

<sup>734</sup> Entre los seguidores de esta teoría *vid.* JORGE BARREIRO, A.: La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Ed. Tecnos, Madrid. 1990, p. 126; ROSO CAÑADILLAS, R.: Autoría y participación imprudente, Ed. Comares, Granada, 2002, pp. 580 y ss.; GÓMEZ RIVERO, M.<sup>a</sup> C.: La inducción a cometer el delito, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 1995, pp. 342 y ss., quien muestra cierta discrepancia en lo relacionado a las consecuencias de esta teoría con relación a la participación imprudente; SOTO NIETO, F.: “Coautoría en los delitos de imprudencia médica”, en *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía La Ley*, núm. 7, 2002, p. 1775; GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora: La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 1999, pp. 158 y ss.

<sup>735</sup> El acuerdo previo ha sido objeto de debate a partir de las teorías subjetivas de autoría, situación que desde la perspectiva de este trabajo no sería coherente.

<sup>736</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: La autoría en Derecho penal. Ed. PPU, Barcelona. 1991, p. 656.

Trasladando estas afirmaciones a la teoría de la coautoría imprudente, ROSO CAÑADILLAS indica que “éste [*scil.*, el acuerdo] debe ser necesario, ya que de lo contrario no se podría aplicar el principio propio de la coautoría; me estoy refiriendo al de la *imputación recíproca*. Gracias a este principio a cada coautor se le puede imputar lo realizado por el resto de coautores, pero para ello es necesario que haya existido el acuerdo en realizar la acción descuidada”<sup>737</sup>. En segundo lugar, dicho acuerdo debe constituir un todo (una acción conjunta) lo que presupone una distinción en los casos de ausencia del mismo, pudiéndose hablar en tal circunstancia únicamente de una «suma de acciones»<sup>738</sup>, que deberán ser reconducidas a la denominada «autoría accesoria». Dicho esto, por una parte “el acuerdo con división de trabajo o acumulación de esfuerzos es lo que permite hablar de una *acción conjunta* formada por actos parciales; cuando esos actos parciales no serían suficientes por sí solos para determinar objetiva y positivamente el hecho, pero sí la conjunción de ellos, para poder hablar de *una acción* determinante es necesario que la misma presente una conexión, que se explica estructuralmente por la existencia de un acuerdo con reparto de funciones o suma de esfuerzos”<sup>739</sup>; y, por otra “los sujetos no actúan con acuerdo, pero sus aportaciones determinan el hecho conjuntamente, es decir, co-determinan el hecho al igual que en la coautoría”<sup>740</sup>.

#### 2.4. La autoría accesoria imprudente y su adaptabilidad a la coautoría: criterio utilizado para la atribución del hecho a los intervinientes

<sup>737</sup> ROSO CAÑADILLAS, R.: Autoría y participación imprudente, Ed. Comares, Granada, 2002, p. 587.

<sup>738</sup> Respecto a esta denominación DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: La autoría en Derecho penal. Ed. PPU, Barcelona. 1991, p. 657, explica que “es cierto que no resulta imposible decir que dos o tres acciones inconexas determina objetiva y positivamente el hecho, pero precisamente en ese caso estaríamos refiriéndonos a una mera suma de acciones y no podríamos hablar de una acción conjunta de matar, lesionar, etc. Que es precisamente lo que piden los tipos de la parte especial”.

<sup>739</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: La autoría en Derecho penal. Ed. PPU, Barcelona. 1991, p. 656.

<sup>740</sup> ROSO CAÑADILLAS, R.: Autoría y participación imprudente, Ed. Comares, Granada, 2002, p. 590.

La autoría accesoria y la coautoría pese a coincidir en el elemento objetivo difieren en el subjetivo (la falta de acuerdo). En la autoría accesoria son dos acciones o más las que determinan la producción del hecho relevante sin que haga falta un acuerdo, mismo que en la coautoría a más de ser un requerimiento imprescindible permite la imputación recíproca del resultado lesivo de las conductas concurrentes. No obstante, parte de la doctrina considera innecesaria la existencia del acuerdo para aplicar el principio de imputación recíproca a los supuestos de coautoría imprudente<sup>741</sup>, siendo posible de todas formas calificar como autores a los intervinientes que han ocasionado un resultado lesivo. De esta forma, si la concurrencia del «acuerdo» se pone en duda para determinar la coautoría, en la autoría accesoria dicho requisito resulta innecesario, es más, se llega a argumentar que el resultado podría ser producto del puro azar o de la casualidad<sup>742</sup>. En este sentido, GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, disintiendo con quienes sostienen la imposibilidad de imputar la coautoría en los supuestos en que no haya acuerdo debiendo reconducir las conductas a la autoría accesoria para evitar la impunidad, explica que “si estos autores fueran consecuentes, deberían dejar impunes (consecuencia político-criminalmente asumible) todos los supuestos que conducen a través de esa figura [*scil.* autoría accesoria] «ya que no es posible castigar por tentativas imprudentes, y esto es lo que constituyen las aportaciones al hecho de los autores accesorios que no crean todo el riesgo que produce en el resultado»<sup>743</sup>. Así las cosas, compartimos la posición de este autor en relación a que no se puede considerar el acuerdo como catalizador a efectos de poder aplicar el principio de imputación recíproca en los supuestos de coautoría imprudente, pues conforme nuestro parecer peca de insatisfactoria y tremendamente injusto si tenemos claro el dinamismo

---

<sup>741</sup> Desde una postura normativa y prescindiendo el acuerdo GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, F.: Intervención delictiva e imprudencia, Ed. Comares, Granada. 2004, p. 196, ejemplifica esta postura “si un niño fallece debido al actuar descuidado de sus padres, no será preciso que éstos se han puesto de acuerdo para afirmar la coautoría, porque ya la posición normativa que ocupan frente al menor permite fundamentar esta figura, dado que extiende la competencia de cada uno de ellos sobre todo el riesgo finalmente realizado, sin que la concurrencia de otras personas competentes les descargue de responsabilidad. La presencia de un padre no exime a la madre de preocuparse por la salud de su hija”.

<sup>742</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M.: La responsabilidad penal del coautor, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2001, p. 183.

<sup>743</sup> GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, F.: Intervención delictiva e imprudencia, Ed. Comares, Granada. 2004, pp. 198 y s.

en que la sociedad actual se desenvuelve donde la interacción de varias personas en los diferentes ámbitos de la vida cotidiana (profesionales y no profesionales) por ejemplo, la medicina, actividades de ocio, desplazamientos, etc., en donde el contacto de millones de personas se efectúa día tras día con posiciones normativas que vinculan a dos, tres o más sujetos con una, dos, tres o más fuentes de peligro, no pocas veces coincidan varias acciones descuidadas; es decir, que varios sujetos infrinjan el deber de cuidado sin que medie acuerdo entre los ellos (en muchos casos ni se conozcan entre los actores).

En consecuencia a lo anterior, el considerar algunas conductas como coautoría en mérito de un acuerdo y otras catalogarlas como autoría accesoria, devela la diferencia de trato entre los sujetos que puestos de acuerdo causan imprudentemente un resultado lesivo en relación a los que realizando las mismas acciones, infringiendo los mismos deberes de cuidado y produciendo el mismo resultado, han actuado «sin acuerdo» o con pleno desconocimiento de la presencia del otro sujeto; lo que traería como resultado que al primer grupo (coautores) se los considere autores e incomprensiblemente al segundo (autores accesorios) se les asegure la impunidad. Las repercusiones de sostener esta concepción se pueden constatar en el supuesto de dos vehículos que circulan temerariamente por una autopista ocasionando un accidente donde fallece una tercera persona sin necesidad de que los conductores se conozcan o se hayan puesto de acuerdo previamente<sup>744</sup>. En este supuesto, la impunidad se fundamenta en no poder atribuir individualmente el resultado a título de autor a ninguno de los conductores, pudiendo únicamente ser reconducido este hecho a la suma de las dos acciones producto de la inexistencia del acuerdo, dificultando el poder imputar recíprocamente el riesgo generado por cada uno de los actos. A este respecto, GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, destaca la dificultad práctica de endilgar responsabilidad de manera individual en un hecho, siendo inviable el poder imputar recíprocamente un resultado imprudente en conjunto, ya que “el que conduce peligrosamente esperará que en caso de accidente concorra alguna otra

---

<sup>744</sup> GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, F.: Intervención delictiva e imprudencia, Ed. Comares, Granada. 2004, p. 195.

imprudencia en su producción para asegurarse la impunidad, ya que, en la medida en que no se le puede imputar totalmente el resultado, dado que para ello es preciso admitir la imputación recíproca entre los distintos conductores que originan el mismo, ni individualizar en él los efectos de su contribución, quedará impune<sup>745</sup>.

Evidenciando la poca trascendencia del acuerdo para determinar la coautoría en la modalidad imprudente se hace referencia al conductor de un coche que al llegar a un cruce no respeta la señal de «stop» y se introduce sin detenerse en la vía preferente y otro automovilista que llega por esa misma vía lo hace desatento irrespetando el límite de velocidad que había al acercarse al cruce, colisionando ambos vehículos<sup>746</sup>. En estas circunstancias “los dos sujetos codeterminan el hecho, sólo que cada uno no se ha puesto de acuerdo con el otro para llevar a cabo su conducta infractora de la norma de cuidado, por lo que este caso de concurrencia de imprudencias será de autoría accesoria. Sus actuaciones por sí solas no producirán el hecho típico, pero su unión ha llevado a la producción del resultado<sup>747</sup>”.

Partiendo de la ilustración inmediatamente anterior, debemos hacer notar que las actuaciones se han realizado sin la existencia de un acuerdo; no obstante, sus aportaciones determinan el hecho conjuntamente. En este sentido es conveniente indicar que la autoría accesoria podría conducir a situaciones de impunidad por no poder aplicar el principio de imputación recíproca bajo el argumento de no poder atribuir a nadie la acción cometida por otra persona sin que medie acuerdo por algo que no se ha tenido conocimiento, o inclusive se llegue al supuesto de desconocer al sujeto que finalmente con su actuar determina la producción del hecho delictivo. Así las cosas, la teoría de la

---

<sup>745</sup> *Ídem.*, haciendo referencia a lo absurdo que sería imputar responsabilidades a cada uno de los intervinientes por la creación del mismo riesgo, pues en ese caso equivaldría a “imputar a uno 3,2 muertos y al otro 2,8 y tres fracturas de brazo”.

<sup>746</sup> LUZÓN PEÑA, D. y DÍAZ GARCÍA Y CONLLEDO, M.: “Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría”, en *AFDUA*, III-2000, p. 84 y s; reproduciendo el mismo ejemplo ROSO CAÑADILLAS, R.: *Autoría y participación imprudente*, Ed. Comares, Granada, 2002, pp. 588 y s.

<sup>747</sup> ROSO CAÑADILLAS, R.: *Autoría y participación imprudente*, Ed. Comares, Granada, 2002, pp. 590 y s.

determinación objetiva y positiva del hecho al igual que con la coautoría, ofrece una solución en referencia a la autoría accesoria, para que la falta del «acuerdo» no sea un impedimento que permita responsabilizar a cada uno de los intervinientes a título de autoría. Sin embargo ¿de qué manera se puede imputar recíprocamente si falta el acuerdo? La solución la encontramos en la imputación objetiva “ya que es previsible (requisito de la idoneidad de la acción) en muchos supuestos de la vida diaria y sobre todo en el tráfico rodado que a la primera conducta infractora se le suma otra posterior concurriendo en la producción del resultado y también se dé de este modo la relación de riesgo, con lo que sí estaremos ante un autor de un delito imprudente consumado”<sup>748</sup>.

Reforzando lo dicho, se explica que “en la autoría accesoria imprudente serán mucho más frecuentes (aunque no será la única posibilidad) los supuestos en que el resultado sea imputable a las dos o, al menos a una de las conductas imprudentes, por ser objetivamente previsible la posible concurrencia de otra conducta (imprudente o diligente) que co-determine el curso del hecho, es decir, por ser adecuada esa forma (curso causal) de producirse el resultado, y por suponer éste, aunque su causación haya sido en conjunción con otra conducta, la realización del riesgo inherente a aquella conducta imprudente y que la norma pretendía evitar”<sup>749</sup>. En este sentido argumentativo, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO sostiene que “cuando las conductas concurrentes sean todas de autoría (es decir, excluidos los casos de mero favorecimiento a que me he referido), el que exista responsabilidad penal «dependerá de si hay o no imputación objetiva del resultado a cada una de las conductas imprudentes (de autoría accesoria) concurrentes», y habrá casos en que no se den los criterios de imputación objetiva del resultado. Creo que LUZÓN tiene razón, si bien sigo pensando que, en los casos de autoría accesoria imprudente, va a ser muy frecuente la posibilidad de imputar objetivamente el resultado”<sup>750</sup>.

---

<sup>748</sup> *Ibíd.*, p. 593.

<sup>749</sup> LUZÓN PEÑA, D. y DÍAZ GARCÍA Y CONLLEDO, M.: “Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría”, en *AFDUA*, III-2000, p. 85.

<sup>750</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: *La autoría en Derecho penal*. Ed. PPU, Barcelona. 1991, p. 636, nota 344.

Los planteamientos de la doctrina al parecer serían acertados, ya que la imputación recíproca en la autoría accesoria lejos de depender del acuerdo descansaría en la imputación objetiva producto de la frecuente interacción de las personas en las actividades cotidianas, puesto que resulta muy probable que a una conducta infractora se le sumara otra. Concomitantemente, la solución propuesta en este sentido cobraría razón, mencionando que dicha posibilidad encontraría asidero en el principio de confianza en cuya operatividad se sustentan las actividades que implican participaciones en conjunto, *v.gr.* el ámbito médico-sanitario. Respaldo que tomará como premisa, que quien actúe correctamente cumpliendo con el deber de cuidado que le es exigible, podrá confiar que el resto de personas actuarán de la misma forma. Siendo así ¿cómo un sujeto puede prever que su conducta pueda concurrir con la de otro en la producción de un resultado si se encuentra amparado por el principio de confianza al obrar conforme a Derecho? Efectivamente, la persona que obra conforme al deber de cuidado no podrá prever la otra conducta que codetermine el resultado lesivo. Pese a ello, desde la perspectiva que aquí interesa, es decir, en referencia a la persona que inicialmente se halla amparada por el principio de confianza, si aquel obra infringiendo el mismo, no podrá esperar que los demás se comporten diligentemente; ya que es doctrina mayoritaria el rechazo de la vigencia de dicho principio para quien contraviene el deber de cuidado, haciéndose posible que dentro de su previsibilidad se haya representado la concurrencia de las conductas descuidadas de los demás que desarrollan la misma actividad y que sean determinantes para la producción del resultado lesivo. Así las cosas, se podrá imputar el resultado causado al sujeto que inicialmente infringió el deber de cuidado pues con su conducta fue codeterminante para que el riesgo total generado se concrete en el resultado, y más aún en la medicina donde intervienen varios sujetos, será objetivamente previsible para el infractor del deber de cuidado que el resultado fuese consecuencia de dos (o más) acciones imprudentes.

En definitiva, se puede afirmar que es posible en la autoría accesoria prescindir del acuerdo para fundamentar y justificar la imputación recíproca sin que se vea quebrantado el principio de responsabilidad subjetiva. Tendencia que de igual manera podría ser extensiva a la coautoría (no dependencia del

acuerdo) ya que la imputación recíproca de los intervinientes al igual que con la autoría accesoria y con más razón en la coautoría, el criterio que permite atribuir el hecho a cada uno de los coautores será la imputación objetiva del resultado<sup>751</sup>.

## 2.5. El acuerdo como elemento diferenciador entre la coautoría y la autoría accesoria imprudente

---

<sup>751</sup> Es merecedor destacar la posición de GARCÍA DEL BLANCO, V.: La coautoría en Derecho penal, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2006, p. 433, quien califica de insostenible la idea del uso del acuerdo como fundamento para la imputación recíproca de un hecho en aras de fundamentar la coautoría, ya que el Derecho penal concibe el principio de responsabilidad personal resultando contradictorio el pretender endilgar responsabilidad penal a un sujeto por un hecho ajeno. De esta forma, tanto en la coautoría como en la autoría accesoria, o en cualquier otra forma de autoría, el sujeto deber responder por hechos propios a través de la imputación objetiva. Así la autora explica: “cada autor responde penalmente por su propia conducta, sin embargo, la responsabilidad penal derivada de dicha conducta en ningún caso está limitada al ámbito de ejecución material llevada a cabo por el sujeto. Habrá que valorarla tanto objetiva como subjetivamente. Dicho juicio normativo dependerá en gran medida del contexto en la que se enmarque la intervención individual. En este sentido, conocer o haber debido conocer que la conducta propia incrementa un riesgo incluso previamente creado –por ejemplo, en caso de coautoría sucesiva– por un tercero autorresponsable a su vez, debe tenerse en cuenta dentro del marco de análisis de la imputación objetiva del riesgo o del resultado producido. Del mismo modo se tomarán en cuenta conductas futuras o coetáneas que interfieran en el curso causal de la propia conducta incrementando el peligro creado por ésta, siempre y cuando fueran objetivamente previsibles. Y una vez determinado el tipo objetivo en el que se inscribe dicha conducta, habrá que determinar si el mismo está abarcado por dolo o por imprudencia”. Continúa, pp. 654, 691 y 693, indicando que “el punto de partida son los conocimientos individuales que tenga o haya debido tener el sujeto en concreto, porque constituyen la parte de la realidad en la que se desarrolla su comportamiento. Así, el juicio de previsibilidad objetiva deberá mantenerse dentro de la realidad conocida o que debiera haber sido conocida por el sujeto. [...] Cuando en un hecho intervienen una pluralidad de sujetos, ese hecho consistente en la intervención plurisubjetiva en la dinámica comisiva, forma parte de la realidad objetiva en la que se inserta la conducta de cada uno de ellos. Por ello, se deberá valorar el peligro objetivo que comporta la intervención de cada sujeto en una realización conjunta del hecho, teniendo en cuenta si el sujeto en concreto conocía o debía haber conocido ese dato objetivo. Para la correcta valoración del peligro objetivamente previsible *ex ante* que representa una conducta no se puede tener en cuenta únicamente la aportación individual del sujeto desde una perspectiva abstracta, haciendo abstracción de la realidad o del contexto en el que se ha realizado concretamente. Por lo contrario, una correcta valoración de la conducta debe tener en cuenta la aportación dentro del contexto determinado en el que se produce, en el marco de una confluencia de conductas realizadas por otros sujetos de una determinada forma. Así, las aportaciones del resto de los coautores formarían el contexto objetivo de peligro en concreto en que realiza la aportación y que influirán decisivamente en el peligro que se atribuya en dicha aportación”. La misma, pp. 646,656 ss., 688, 691, 693 s. y 695, deja sentado su parecer indicando que no hace falta el acuerdo como elemento constitutivo de la coautoría, al no representar un incremento del riesgo ni una justificación de un incremento de la responsabilidad penal para los sujetos que así actúan, demostrando con esta postura la inexistencia de distinción entre coautoría y autoría accesoria.

Tanto si se trata de coautoría como de autoría accesoria imprudente se podrá responsabilizar a los intervinientes como autores del resultado lesivo. No obstante, el que se actúe en una u otra modalidad influirá en la gravedad de la imprudencia cometida; esto es, en el grado de injusto, para lo cual el elemento clave de dicha diferenciación recaerá en el «acuerdo» o «conexión de voluntades»<sup>752</sup>. De esta forma, el acuerdo incidirá en la diferenciación de la coautoría respecto a la autoría accesoria trayendo algunas consecuencias en la identificación de la responsabilidad de cada interviniente. Esta idea es concebida por LUZÓN PEÑA y reafirmada por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, afirmando que “la coautoría en los delitos imprudentes, que aparece cuando mediante un «acuerdo» los sujetos se reparten la realización de la acción imprudente determinante (así, p. ej., LUZÓN PEÑA, ADP 1989, 898 s.), plantea diversos problemas [...] entre otros el de si tiene alguna trascendencia penal su distinción respecto de la actuación parcial determinante de varios sin acuerdo, o sea de la autoría accesoria imprudente (o concurrencia de culpas, siempre que las «culpas» concurrentes se refieran a acciones determinantes junto a las otras y no sólo favorecedoras de las otras): probablemente, al contrario que en la autoría accesoria dolosa, no servirá para impedir que se responda por el resultado consumado (lo que, naturalmente, de producirse, daría lugar a la impunidad de los delitos imprudentes, pues en ellos no se castiga la tentativa), pero quizá si tenga importancia o influencia en la determinación del grado de imprudencia con que actuó cada sujeto [...] con lo que, en algunos casos, la influencia fundamental de la concurrencia de conductas imprudentes (de autoría accesoria) será sobre el grado de imprudencia de cada conducta”<sup>753</sup>.

De lo antes transcrito, pensamos que la autoría reviste mayor gravedad en relación a la autoría accesoria por el incremento del riesgo de lesión del bien

---

<sup>752</sup> PÉREZ ALONSO, E.: La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal, Ed. Comares, Granada. 1998, p. 281, explica que el acuerdo o conexión de voluntades constituye el segundo elemento esencial del tipo (subjetivo) de la coautoría, sin el cual no es posible su existencia, pudiéndose dar otra forma de autoría o bien de participación. En este sentido haciendo referencia a una jurisprudencia aceptando la coautoría imprudente por existir acuerdo de voluntades, *vid.* CORCOY BIDASOLO, M.: El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado, Ed. Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona. 1989, p. 353.

<sup>753</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: La autoría en Derecho penal. Ed. PPU, Barcelona. 1991, p. 635 y s, nota 344.

tutelado en mérito a un mayor acuerdo psicológico<sup>754</sup> (acuerdo) en los intervinientes pese a que alguna parte de la doctrina aboga por mitigar las consecuencias penales de los intervinientes en supuestos de autoría accesoria imprudente<sup>755</sup>. En cualquier caso, la doctrina considera inviable poder hablar de un acuerdo en los delitos imprudentes siendo posible solo en la modalidad dolosa. De esta manera “una equivalencia entre el acuerdo común en los delitos dolosos y los delitos imprudentes es imposible de realizar, ya que el acuerdo común en los delitos dolosos persigue la realización típica de un fin común, basado en la división del trabajo, lo que conduce a un mejoramiento de las posibilidades de realización del delito que se traduce en el mundo exterior en la elevación del riesgo”<sup>756</sup>.

Pese a la concepción anterior, creemos que es perfectamente posible si bien no hablar de un acuerdo (en concreto) hacer referencia a un proyecto de actuación común de lícita organización para la coautoría imprudente, eso sí, adoptando las correcciones que se tengan que hacer. En este sentido, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ contemplando la posibilidad del acuerdo en la modalidad imprudente explica “consideramos que también en los supuestos de correlación de una actuación imprudente existe un incremento de riesgo en la lesión del bien jurídico, pues al igual que en el dolo se puede proceder bien a una división del trabajo o, lo que será más frecuente en la imprudencia, a una acumulación de esfuerzos que sin duda facilitará la lesión del bien jurídico”<sup>757</sup>.

### 2.5.1. Contenido, forma y momento del acuerdo

En sintonía con lo visto hasta ahora se ha constatado que el acuerdo es el elemento diferenciador entre la coautoría y la autoría accesoria, pero en sí insuficiente, necesitando que las aportaciones de cada interviniente sean

<sup>754</sup> En este sentido, *vid.* GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M.: La responsabilidad penal del coautor, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2001, p. 261.

<sup>755</sup> ROSO CAÑADILLAS, R.: Autoría y participación imprudente, Ed. Comares, Granada, 2002, p. 593, expone lagunas alternativas para dicho cometido.

<sup>756</sup> ROSO CAÑADILLAS, R.: Autoría y participación imprudente, Ed. Comares, Granada, 2002, p. 583.

<sup>757</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M.: La responsabilidad penal del coautor, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2001, p. 261.

objetivamente concluyentes. Así las cosas, se ha constatado que a través de la imputación objetiva es posible efectuar la imputación recíproca de las acciones de cada interviniente, siendo indispensable determinar el contenido, la forma y el momento del acuerdo.

#### Contenido del acuerdo

La existencia de la coautoría se encuentra ligada a un nexo subjetivo<sup>758</sup>, es decir, a un mínimo acuerdo entre los intervinientes<sup>759</sup> a manera de una coincidencia de voluntades, una resolución común del hecho<sup>760</sup> (sin *animus socci*) creando una conexión psíquica entre los intervinientes que llevan a cabo el resultado típico. En definitiva, deberá existir un saber en conjunto de que se realiza una empresa común en la que cada coautor particular efectúe su aporte objetivo al servicio de la realización del plan común<sup>761</sup>. Este acuerdo común insalvablemente recíproco<sup>762</sup> está referido a que todos los intervinientes tengan el conocimiento que van a actuar conjuntamente, ya que si uno de ellos llegase a desconocer esta situación, no se podría atribuir la coautoría; lo cual no significa que deba existir un conocimiento físico entre los acordados. Al respecto, y dando explicación a esta situación, MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, indican que es “suficiente el conocimiento existente en cada uno de los sujetos actuantes, en el sentido de que también otros actuarán con el mismo fin, sin

<sup>758</sup> Subjetividad que en la modalidad horizontal de división del trabajo tendrá mayor fuerza. Al respecto con un ejemplo práctico de la jurisprudencia alemana, *vid., supra*, cap. III, 2.5.1.

<sup>759</sup> GARCÍA DEL BLANCO, V. y RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, M.: “El caso Alakrana: Un ejemplo extremo de la inadmisibles sobrevaloración del mutuo acuerdo en la coautoría”, en *RDPCr.*, núm. 7, 2012, n. 10, p. 272, relativiza la importancia del acuerdo en la coautoría entendiendo que sólo es una forma de obtener datos del entorno objetivo y subjetivo en el que cada interviniente actúa y que, por tanto, ni permite superar los límites de la responsabilidad penal individual de cada autor, ni aporta un mayor desvalor a la conducta de cada uno de los coautores que hubieran adquirido los mismo conocimiento por vía diferente.

<sup>760</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: *La autoría en Derecho penal*. Ed. PPU, Barcelona. 1991, p. 653.

<sup>761</sup> MAURACH, R., GÖSSEL, K. y ZIPF, H.: *Derecho Penal*. *PG*, 2, trad. de la 7.<sup>a</sup> edición alemana por BOFILL GENZSCH, J., Ed. Astrea, Buenos Aires. 1995, p. 379.

<sup>762</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: *La autoría en Derecho penal*. Ed. PPU, Barcelona. 1991, p. 402, dice: “el acuerdo sólo es un requisito necesario (aunque no suficiente) de la auténtica coautoría, pues, por definición, en ella se imputa a cada coautor la parte de actividad objetiva correspondiente a los demás coautores, y ello sólo puede suceder si todos tienen un conocimiento y voluntad recíproca de actuar conjuntamente; si el acuerdo no seda, por mucho que la actuación objetiva de un sujeto sea de coautoría, ésta no existirá realmente...”

que el autor necesite razonar mayormente acerca de la persona con quien actuará en paralelo. De ahí que exista coautoría cuando dos presidiarios recluidos en celdas diferentes, se comuniquen mediante señales sonoras acerca de una fuga planificada. Por el contrario, no existe coautoría cuando varios miembros de una familia, basados en una resolución común, y mediante compras a crédito, autónomas y desconocidas por los demás en cuanto a su forma y monto, aprovechan fraudulentamente la negligencia de la dirección de un establecimiento de comercio. En este supuesto falta el referido plan común «para todos los actos particulares»<sup>763</sup>.

Sirviéndonos de otras palabras, el plan común debe estar orientado a realizar la acción típica sin importar el conocimiento físico de los intervinientes tomando en consideración que, lo que predomina es la comunión de la actuación y de voluntariedad. De igual forma el exceso en el que incurra alguno de los intervinientes y que no haya sido materia del acuerdo o plan común, no podrá ser imputado a los demás coautores: *v.gr.* Pedro acuerda con Pablo lesionar a golpes a Juan, cuando Pedro lo ve tan golpeado a Juan aprovecha para acabar con su vida. Matar a Juan no estaba dentro de lo concertado entre Pedro y Pablo, por tanto, sólo se podrá hablar de coautoría de un delito de lesiones respecto de Pablo, pues Pedro responderá como autor por el homicidio de Juan. Otro clásico ejemplo es el supuesto donde A, B y C acuerdan ingresar en la casa de la familia X a hurtar, resultando que en el interior de la vivienda se encontraba una mujer quien es violada por C. En este caso A, B y C tendrán que responder como coautores del delito de hurto, y por el acceso carnal violento únicamente C, en razón de que A y B, además de no haber concertado la realización de esa última conducta (violación), carecían del dominio objetivo y positivo del hecho frente al delito de violación. Lo anterior implica la necesidad de la existencia del acuerdo o conocimiento de que se está obrando conjuntamente para que se configure la coautoría<sup>764</sup>.

---

<sup>763</sup> MAURACH, R., GÖSSEL, K. y ZIPF, H.: Derecho Penal. *PG*, 2, trad. de la 7.<sup>a</sup> edición alemana por BOFILL GENZSCH, J., Ed. Astrea, Buenos Aires. 1995, p. 380.

<sup>764</sup> Si bien se puede entender que existe acuerdo en sentido estricto en los delitos dolosos, LUZÓN PEÑA, D.: “La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado”, en *ADPCP*, t. 42, 1989, p. 899, considera viable en los delitos imprudentes cuando entre los intervinientes existe un acuerdo respecto de la

Ahora bien, el escaso desarrollo doctrinal respecto al contenido del acuerdo en la coautoría imprudente ha propiciado que siempre se tenga como referencia al establecido para la modalidad dolosa, lo que se ha venido constituyendo en un parámetro para que la doctrina<sup>765</sup> haya negado la posibilidad de un acuerdo en las intervenciones imprudentes, desechando la posibilidad de coautoría en esta modalidad delictiva<sup>766</sup>. En este sentido se ha puesto de manifiesto la errónea concepción de identificar el acuerdo con «dolo común»<sup>767</sup>, pues el acuerdo común es un elemento de la coautoría y el dolo lo es del tipo doloso. Esto se puede apreciar en los supuestos en que hay acuerdo común sin existir dolo, *v.gr.* un grupo de operarios deciden unir fuerzas para arrojar una viga hacia una vía transitada sin comprobar si algún transeúnte pasa por el sitio<sup>768</sup>. De esta forma, equiparar erróneamente el acuerdo con el dolo común equivaldría suponer que los intervinientes a través del acuerdo representarían su voluntad de producir el resultado, lo cual es inadmisibles por la naturaleza de la imprudencia. Así las cosas, surge la necesidad de conocer ¿cuál es el contenido del acuerdo en la coautoría imprudente? Dicho acuerdo estaría encaminado a la acción descuidada, es decir, no referido al resultado pero sí a la conducta<sup>769</sup>. Siendo más explícitos, la referencia va direccionada a la acción que por la impericia o descuido de los intervinientes se infringe el deber de cuidado debido generador de un riesgo no

---

conducta descuidada; en el mismo sentido *vid.* JORGE BARREIRO, A.: La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Ed. Tecnos, Madrid. 1990, n. 75, p. 126.

<sup>765</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M.: La responsabilidad penal del coautor, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2001, p. 207 y ss.

<sup>766</sup> Rechazando la coautoría imprudente se esgrime que la puesta en peligro en hechos en los intervinen más de una persona como sujetos activos es suficiente para fundamentar la autoría imprudente, dado que a ella es directamente imputable el resultado. Objetando que no existe una conexión automática entre la puesta en peligro y el resultado, sino que éste debe ser consecuencia de aquélla y encontrarse dentro del ámbito de protección de la norma, *vid.* TERRAGNI, M.: (2006) *La imputación en el delito imprudente* (Tesis Doctoral) Universidad Complutense de Madrid, p. 182 y s. [Biblioteca de Tesis Doctorales y Publicaciones Académicas de la UCM].

<sup>767</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M.: La responsabilidad penal del coautor, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2001, p. 210.

<sup>768</sup> ROSO CAÑADILLAS, R.: Autoría y participación imprudente, Ed. Comares, Granada, 2002, p. 581.

<sup>769</sup> JORGE BARREIRO, A.: La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Ed. Tecnos, Madrid. 1990, n. 75, p. 126; también ROSO CAÑADILLAS, R.: Autoría y participación imprudente, Ed. Comares, Granada, 2002, p. 581.

permitido que se concreta en el resultado final<sup>770</sup>. La exigencia de que el acuerdo se halle dirigido a la acción descuidada determina de forma precisa su contenido. Así, necesariamente los intervinientes del delito imprudente deberán conocer la aportación al hecho del otro sujeto, de tal forma que teniendo la oportunidad de percibir que la conjunción de ambas conductas, de esa concreta forma y en ese determinado instante rebasaría el riesgo permitido originando un peligro que determine el resultado, no lo hacen o confían infundadamente en la no producción del mismo. Dicho esto, se puede inferir que el contenido del acuerdo en la coautoría imprudente resultará ser más riguroso que en la modalidad dolosa, pues la coautoría dolosa no requiere que cada uno de los intervinientes conozca con exactitud la concreta aportación de los demás, bastando en muchos casos el conocer que se actúa conjuntamente con otros en la realización del hecho. De ahí que deviene en intrascendente el conocer a las personas con las que se interactúa<sup>771</sup>. Sobre este aspecto, JESCHECK indica que sería suficiente con “que cada uno sea consciente de que con él colaboran una o más personas y éstas posean la misma coincidencia”<sup>772</sup>; requerimiento que en la coautoría imprudente pudiese ser menos exigente por ser menos restrictivo para establecer el alcance del acuerdo<sup>773</sup>.

---

<sup>770</sup> LUZÓN PEÑA, D.: “La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado”, en *ADPCP*, t. 42, 1989, pp. 898 y s., indica “puede suceder que sólo varias acciones unidas determinen objetivamente el acontecer típico: coautoría imprudente si hay acuerdo en la actuación descuidada; o, si no la hay, autoría accesoria imprudente (o concurrencia de culpas)”; COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.: *Derecho Penal. PG.*, 2.ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 1987, p. 522, tras aceptar la coautoría imprudente invoca un acuerdo ejecutivo que no abarca el resultado típico, en este sentido explica “pues así como en los casos de autoría única hay en ellos una *voluntad ejecutiva* que no abarca el resultado típico, cabe concebir, en los de coautoría, un *acuerdo ejecutivo* que lo excluya”.

<sup>771</sup> *Vid.* GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M.: *La responsabilidad penal del coautor*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2001, pp. 133, 135 y s.; también, con una amplia explicación GARCÍA DEL BLANCO, V.: *La coautoría en Derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2006, p. 489.

<sup>772</sup> JESCHECK, H. y WEIGEND, T.: *Tratado de Derecho Penal. PG*, trad. OLMEDO CARDENETE, M., 5.ª edición, Ed. Comares, Granada. 2002, p. 730.

<sup>773</sup> Relajando las exigencias para establecer el acuerdo explica que “de este modo, no se cierra el paso a la coautoría en la denominada coautoría sucesiva, ni tampoco en los supuestos de aparatos organizados de poder en los que por las estructuras que caracterizan esto supuestos los sujetos no se conocen entre sí (pero saben que otros actúan «al lado», «arriba» o «debajo»)", cfr. DURÁN SECO, I., cit. en RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias*, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, n. 75, p. 397.

Pese a la idea anterior, esta concepción no resulta del todo correcta, ya que defender la concurrencia del acuerdo por el hecho de que el sujeto sepa que interactúa con otros, resulta poco acertada, puesto que sería como afirmar que una actividad como la médico-sanitaria desarrollada en división del trabajo la concurrencia de dos conductas imprudentes que determinan el resultado lesivo (esto es, que cumplan con el requisito objetivo de la coautoría pero de igual forma con la autoría accesoría) constituiría siempre casos de coautoría imprudente. Circunstancia que no puede ser admitida como correcta en razón de que al no existir una finalidad lesiva en los actores, el hecho de llevar a cabo su actividad en régimen de división de trabajo y consecuentemente saber que intervienen con otros sujetos, o que incluso puedan conocer lo que los otros realizan o van a realizar, no aporta nada aún; ya que como se sabe, lo que interesa en la coautoría imprudente es la acción conjunta<sup>774</sup>, es decir, el desarrollo del hecho como un todo<sup>775</sup>.

Por otro lado, el acuerdo en el ámbito de la imprudencia es relevante en la coautoría imprudente porque supone un «plus» de antijuridicidad, no respecto a la autoría individual, pero sí en relación a la autoría accesoría influyendo en la intensidad de la imprudencia. De esta forma, en la coautoría los sujetos responderán como autores individuales sin que proceda la compensación de culpas, no así en la autoría accesoría donde es viable atenuar la pena correspondiente a cada interviniente.

Como ha quedado anotado *supra*, el acuerdo servirá como delimitador (*plus* de antijuridicidad) respecto de la autoría accesoría cuando vaya referido a la concreta acción. De esto se desprende que la coautoría imprudente tendrá

---

<sup>774</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p. 397.

<sup>775</sup> Entre la jurisprudencia explicando el contenido del acuerdo, la STS de 22 de diciembre de 2010 (ROJ 7542/2010) (Pte. Ramos Gancedo) establece “todos los que programadamente, concurren a la realización del hecho criminal, se ven obligados por un vínculo de solidaridad que les responsabiliza en el mismo grado, cualquiera que sea la parte que cada uno desarrolle del plan conjunto, ya que todos coadyuvan de modo eficaz y directo a la persecución de fin compartido, con independencia de los actos que individualmente realizasen para su logro [*scil.*] que cuando aparece afirmada, clara y nítida, la unidad de acción, recíproca cooperación y mutuo acuerdo, todos los partícipes serán considerados como autores del delito”.

que ser entendida en sentido más estricto que la coautoría dolosa<sup>776</sup>. Así las cosas, los intervinientes en la conducta imprudente deben decidir de mutuo acuerdo la realización de la concreta actuación en un determinado momento, lo que implica que en ese concreto supuesto ninguno deba seguir las órdenes o instrucciones de otro; caso contrario, normativamente ya no configura ningún acuerdo (reciprocidad) pese a que en determinado caso la persona que tenga que seguir una orden pueda estar de acuerdo en el contenido de la misma.

BOLEA BARDÓN, señala que el codominio “implica compartir el dominio desde una posición de igualdad, jurídicamente reconocida como tal, aunque fácilmente no sea completa. En efecto, el dominio del riesgo en la coautoría se ejerce en un plano de igualdad, y no desde distintas posiciones, como sucede con la figura del autor tras el autor, pues la coautoría manifiesta una estructura horizontal, y no vertical<sup>777</sup>. De esta forma, en el ámbito médico-sanitario el hecho de actuar en división de trabajo no posibilita de forma automática el poder hablar de un acuerdo y en consecuencia de que se pueda apreciar coautoría imprudente, pese a cumplirse el requisito objetivo (el resultado). Será necesario que se adopte una decisión en conjunto, es decir, que la actuación que requiera la aportación de ambos ha de ser acordada, *v.gr.* dos cirujanos que omitiendo cada cual tomar las mínimas precauciones de asepsia (acuerdo sobre lo innecesarias) intervienen al mismo tiempo y determinan una infección que causa la muerte del paciente<sup>778</sup>.

Partiendo de lo expuesto, podemos inferir que los supuestos de coautoría en la actividad médica, en razón del elemento subjetivo concurrirán con mayor frecuencia en supuestos de división horizontal del trabajo debido a la relación entre iguales. Para ilustrar esta idea nos servimos de un caso resuelto por la Sala Civil del BGH, tratando de delimitar la responsabilidad de

---

<sup>776</sup> Esto en razón de que a diferencia de la coautoría imprudente, en la coautoría dolosa lo fundamental es la voluntad de realizar el hecho delictivo, esto es, de producir el resultado, siendo suficiente para afirmar un acuerdo.

<sup>777</sup> BOLEA BARDÓN, C.: La cooperación necesaria: análisis dogmático y jurisprudencial, Ed. Atelier, Barcelona. 2004, p. 32.

<sup>778</sup> JORGE BARREIRO, A.: La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Ed. Tecnos, Madrid. 1990, p. 126; también, QUINTANO RIPOLLÉS, A.: Derecho penal de la culpa, Ed. Bosch, Barcelona. 1958, p. 513.

un anestesiista y de un cirujano especialista en oftalmología que participan simultáneamente en una intervención quirúrgica, cuyos hechos se resumen: “una paciente de trece años de edad se somete a un operación de estrabismo. Para anestesiar a la paciente el anestesiista opta por un método anestésico nasotraqueal, administrando oxígeno en una concentración muy lata a través de un tubo sujeto a la barbilla. Por su parte, el oftalmólogo que lleva a cabo la operación decide emplear un termocauterizador para detener la hemorragia resultante de la normal intervención, medio termocauterizador que se aplica en la zona de la cara y por tanto muy próxima a la parte en la que se estaba utilizando el tubo anestésico. Pues bien, en un determinado momento el oxígeno que era suministrado a través del tubo se inflamó con el calor provocado por el instrumento cauterizador produciendo graves lesiones en forma de quemaduras en la cara y en el aparato respiratorio de la paciente [...] La Sala VI de BGH consideró que era necesaria una coordinación y comunicación previa entre anestesiista y oftalmólogo sobre los métodos que cada uno de ellos pensaba utilizar. Y aunque los métodos utilizados para cada uno de ellos, aisladamente considerados, eran válidos y ajustados a cuidado, en el caso, el Tribunal consideró que ambos debían responder civilmente por los resultados lesivos ocasionados a la paciente a causa de una falta de coordinación y una falta de acuerdo sobre las medidas necesarias y sobre los efectos de la combinación de sus métodos, cuya incompatibilidad dio lugar a un riesgo concreto que se tradujo en las lesiones ya señaladas”<sup>779</sup>.

Como se podrá constatar en esta sentencia, la imprudencia de los profesionales médicos descansa novedosamente en la falta de coordinación y comunicación; explícitamente, en la inexistencia de un acuerdo previo sobre los métodos que se iban a utilizar. Desde la perspectiva de nuestra investigación y

---

<sup>779</sup> Sentencia cit. en RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p. 277, frente a la demanda que se interpuso contra ambos sujetos intervinientes, anestesiista y oftalmólogo, éstos alegaron en su defensa que el accidente, tal y como se produjo, no era previsible individualmente, para cada uno de ellos, puesto que en sus respectivos ámbitos de actuación ellos obraron correctamente, y en base al principio de confianza debían pensar que la actuación del otro era correcta. El juez *Karlsruhe* que resolvió el caso en apelación confirmó la idea de que cada médico debe enfrentarse a los peligros que surgen en su ámbito y mientras son se puedan reconocer graves faltas de cualificación o errores graves en el otro, cada uno puede confiar en que le colega de la otra especialidad cumple sus tareas con el cuidado debido.

tomando los hechos que fueron motivo de la sentencia antes citada, formulamos varias hipótesis: a) Presuponiendo que la responsabilidad de estos profesionales sea de tal entidad que debido a la falta de cuidado y el resultado lesivo producido alcance el ámbito penal, desde la perspectiva analizada en este trabajo, se cumpliría el requisito objetivo de la coautoría exigido por la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho, en razón a que las dos conductas y sólo la unión de ellas determinan el sí y el cómo del acontecimiento, pero que sin embargo, el requisito subjetivo (el acuerdo) no estaría presente, ya que como ha quedado indicado la imprudencia en este caso se basaría en la inexistencia de un acuerdo respecto de los métodos a utilizarse. Es decir, los sujetos conocen el cometido del otro pero no la concreta aportación del otro sujeto en referencia a la acción que posteriormente produciría el resultado lesivo. En consecuencia, no habría coautoría imprudente pero sí autoría accesoria; y, b) Si modificando las circunstancias del hecho contenido en la sentencia referida, supongamos que habiendo comunicación entre los dos profesionales respecto de los métodos a emplearse (empleo del método nasotraqueal y del sistema termocauterizador) llegando a la conclusión –equivocada– que dichos procedimientos no presentarán ningún riesgo para la integridad del paciente, pese a ello, la lesión concurre de igual forma que en el caso planteado originalmente (graves lesiones a la paciente). En este supuesto, el requisito objetivo es coincidente tanto en la coautoría como en la autoría accesoria, excepto que en esta segunda hipótesis, a diferencia de la anterior (donde el anestesista y el oftalmólogo no se comunican ni acuerdan los procedimientos a emplearse) el requisito subjetivo de la coautoría sí está presente; esto es, existe un acuerdo entre los intervinientes respecto a la acción descuidada, lo que faculta a calificar al anestesista y al oftalmólogo como coautores imprudentes de un delito de lesiones. En definitiva, el hecho de que los médicos pudieron comentar y acordar sobre la combinación de los métodos a emplearse en el procedimiento quirúrgico sin que represente ningún riesgo para la paciente fundamenta que el desvalor de acción en los coautores sea superior al desvalor de acción de los autores accesorios. De ahí el origen de la razón material que diferencia el trato penal en la coautoría en comparación con la autoría accesoria.

## Forma del acuerdo

Con independencia a que la forma del acuerdo en el delito imprudente se vincule con el desarrollado para la coautoría dolosa, la doctrina mayoritaria<sup>780</sup> considera que el acuerdo será «expreso y tácito». En este sentido MIR PUIG explica que el acuerdo será precedente y expreso, pero nada impide para que el mismo “se produzca *durante* la ejecución (coautoría sucesiva) [...] y que sea tácito [...] El caso límite es el de que el sujeto sepa que otro u otros están realizando un delito y contribuye a él por propia iniciativa. Si los demás advierten y aceptan, siquiera tácitamente, su intervención, no hay duda de que existe coautoría –aunque no lleguen a conocerse–. No bastará en cambio que el sujeto sepa que contribuye si los otros no lo saben o no lo admiten”<sup>781</sup>. Lo importante para que se establezca el acuerdo es la transmisión de la información de un sujeto a otro y la respuesta afirmativa del receptor, lo que haga entender que la información ha sido aprobada (conformidad), esto es, que se establezca el acuerdo en relación a la realización de determinada acción conjunta. En este sentido, la forma como debe establecerse el acuerdo dependerá de las circunstancias de cada caso. En el ámbito médico-sanitario, dicho acuerdo se hará efectivo a través de una comunicación oral, con un lenguaje convencional, de forma escrita, por gestos, o por un lenguaje que sea

---

<sup>780</sup> ROSO CAÑADILLAS, R.: Autoría y participación imprudente, Ed. Comares, Granada, 2002, p. 581, hacer referencia a que el acuerdo podrá ser simultáneo o anterior. JESCHECK, H. y WEIGEND, T.: Tratado de Derecho Penal. PG, trad. OLMEDO CARDENETE, M., 5.ª edición, Ed. Comares, Granada. 2002, p. 730 entiende que el acuerdo puede realizarse mediante una actuar concluyente; PÉREZ ALONSO, E.: La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal, Ed. Comares, Granada. 1998, p. 286.

<sup>781</sup> MIR PUIG, S.: Derecho penal. PG, 10.ª edición, Ed. Reppertor, Barcelona. 2015, p. 407. Poniendo en duda el poder hablar de coautoría DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: La autoría en Derecho penal. Ed. PPU, Barcelona. 1991, n. 16, p. 355, se refiere a los supuestos en que “cada sujeto conoce la actuación de los demás, pero no sabe que los demás conocen la suya; es decir, en este caso hay un conocimiento y una voluntad (un dolo) suficientes para que cada sujeto pueda ser calificado al menos como partícipe (al igual que cuando el dolo es unilateral: A ayuda a B, sabiendo que lo hace, pero sin que B sepa que lo hace), pero podría ser discutible que, dándose los requisitos objetivos de la coautoría, fuera suficiente el conocimiento recíproco, pero no común, por parte de los intervinientes; se ve claro con un ejemplo: suponiendo que A y B realicen conductas que objetivamente son de coautoría, es discutible si la misma tendría lugar si A conoce la actuación de B, pero no sabe que éste conoce la suya, y B conoce la de A, pero ignora que éste conoce la suya; en tales casos, según mi opinión, podría discutirse si hay coautoría, pero en todo caso, habría alguna forma de autoría, aunque su explicación requeriría quizá una fundamentación distinta; sin duda habría coautoría, si A y B conocen la actuación del otro y son conscientes también de que el otro conoce la suya, es decir, en los casos de claro acuerdo expreso o tácito”.

característico de la actividad de la que se trate o de quienes intervienen en la misma<sup>782</sup>. En este aspecto inclusive dicho acuerdo puede quedar configurado con la no oposición o el silencio respecto de una acción específica, situación que para GARCÍA DEL BLANCO y RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, resulta criticable<sup>783</sup>. Así las cosas, según BOLEA BARDÓN, el acuerdo tácito (mutua aceptación) de manera en especial en la coautoría imprudente se tendrá que “poner de manifiesto mediante actos concluyentes”<sup>784</sup>. Partiendo de esta concepción, el acuerdo podría concurrir en el supuesto de ausencia del quirófano del anestesista con la aprobación del cirujano. Así, el anestesista transmite la intención de abandonar el quirófano al cirujano, quien por medio de un gesto afirmativo le hace conocer su aceptación de haber comprendido la información transmitida y así la conformidad con la conducta del anestesista (abandonar el quirófano); quedando el cirujano con la obligación de atender la operación sin su compañero. Pese a ello, dichas gesticulaciones en casos puntuales no serán necesarias para establecer la aceptación y por ende configurarse el acuerdo. Es así que conforme lo destacábamos *supra* en este mismo apartado solo “con la no oposición o el silencio respecto de una acción específica” se daría a entender la configuración del acuerdo.

Esta circunstancia ya ha sido materia de deliberación por los tribunales de justicia. Por ejemplo, la STS de 4 de septiembre de 1991, condena al anestesista que abandona el quirófano para atender otra operación llevada a cabo en una sala distinta del mismo hospital “con conocimiento y

---

<sup>782</sup> GARCÍA DEL BLANCO, V.: La coautoría en Derecho penal, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2006, p. 434 ss., pone énfasis como elemento trascendental al acto mismo de la comunicación independientemente del lenguaje que se emplee para llevar a cabo la transmisión de la información. Al respecto manifiesta “la transmisión de voluntades, de intenciones, de ideas, en multitud de ocasiones no necesita de una materialización formal, viéndose acondicionada por las circunstancias del contexto en el que se mueven sus participantes [...] para la formación del contexto comunicativo entre los sujetos en el que nace el mutuo acuerdo cabe entonces la utilización de signos naturales o artificiales, nacidos ya sea de la experiencia general, ya sea de las propias y personales relaciones pasadas entre los mismos. Así su significado dependerá de que se produzcan en un determinado ámbito cultural y en determinadas circunstancias”.

<sup>783</sup> Poniendo en duda el tratamiento del Tribunal Supremo al considerar como acuerdo tácito el hecho que determinado sujeto se encuentre en el lugar de los hechos sin oponerse a su realización para afirmar que participa de mutuo acuerdo, *vid.* GARCÍA DEL BLANCO, V. y RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, M.: “El caso Alakrana: Un ejemplo extremo de la inadmisiblesobrevaloración del mutuo acuerdo en la coautoría”, en *RDPCr.*, núm. 7, 2012, p. 283.

<sup>784</sup> BOLEA BARDÓN, C.: La cooperación necesaria: análisis dogmático y jurisprudencial, Ed. Atelier, Barcelona. 2004, p. 39.

consentimiento tácito del cirujano<sup>785</sup>, de cuya ausencia se desencadena el fallecimiento del paciente producto de la falta de vigilancia en el momento en que el intervenido sufría una crisis respiratoria. Así las cosas, como se podrá comprobar, los supuestos en que se configura el acuerdo serán más concurrentes en el régimen horizontal de trabajo, tal como se ha constatado en el supuesto antes descrito, en donde la relación existente entre el anestesista y el cirujano adolece de subordinación. Circunstancia que en la estructura vertical de trabajo podrá ser más difícil que concurra.

Así dicho, el principal problema que se suscitaría es la determinación de la forma del acuerdo, cuya comprobación ya dependería exclusivamente del ámbito procesal (probatorio). De ahí la importancia de recurrir a indicios objetivos para establecer su concurrencia. En este estado, y luego de haber analizado la viabilidad del acuerdo en sus diferentes manifestaciones, no podemos pasar por alto que tratándose de coautoría imprudente en supuestos de trabajo el acuerdo deberá encausarse a la acción conjunta; esto es, la manifestación de la conformidad mutua exige que los sujetos intervinientes conozcan las aportaciones concretas de sus compañeros, y partiendo de aquí les sea posible reconocer que la suma de dichas conductas reviste un riesgo no permitido para el bien jurídico protegido.

En definitiva, el identificativo del elemento subjetivo en la coautoría descansa en el acuerdo común (pero no único, ni suficiente para su configuración, ni exclusivo de ella) el que deberá estar referido a la conexión de voluntades que deciden realizar el hecho. Acuerdo que se establecerá de forma tácita o expresa, anterior o coetáneo al acontecimiento.

### **3. La autoría mediata en el delito imprudente**

---

<sup>785</sup> STS de 4 de septiembre de 1991 (ROJ 7509/1991) (Pte. Martínez-Pereda Rodríguez); también STS de 7 de julio de 1993 (ROJ 14032/1993) (Pte. Moyna Ménguez) es de las pocas sentencias en materia de delitos imprudentes en el ámbito sanitario que tímidamente entra a debatir la cuestión de autoría y la participación; STS de 1 de diciembre de 1989 (ROJ 6974/1989) (Pte. Moner Muñoz) entre los hechos en este caso el anestesista abandona la sala de quirófano dos veces sin dar aviso a nadie.

Autor mediato conforme los describe BACIGALUPO ZAPATER, “es el que, dominando el hecho y poseyendo las demás características especiales de la autoría, se sirve de otra persona (instrumento) para la ejecución de la acción típica”<sup>786</sup>. En este sentido es pertinente señalar que su tratamiento ha quedado relativamente relegado por la doctrina, con el desarrollo que ha tenido en la modalidad dolosa desde el aporte de ROXIN a partir del año 1963, con la obra *Täterschft und Tatherrschaft*, sentando las bases dogmáticas en procura de su firme consolidación<sup>787</sup>. Dicho tratamiento (autoría mediata) en sede de imprudencia no ha corrido la misma suerte que la modalidad dolosa, llegando a considerarse inadaptable y hasta innecesaria<sup>788</sup>, entre otras razones porque solo puede tener el dominio del hecho quien actúa dolosamente<sup>789</sup>. El fundamento de dicha negativa radica en que esta categoría de delitos (imprudentes) se configuran a partir de la infracción del deber de cuidado,

---

<sup>786</sup> BACIGALUPO ZAPATER, E.: Principios del Derecho penal. PG, 5ª edición, Ed. Akal/Lure, Madrid, 1998, p. 368; también JESCHECK, H. y WEIGEND, T.: Tratado de Derecho Penal. PG, trad. OLMEDO CARDENETE, M., 5.ª edición, Ed. Comares, Granada. 2002, pp. 714 y s., “la autoría mediata es una forma de la autoría y, al igual que la naturaleza inmediata, se caracteriza por la posesión del dominio del hecho. Autor mediato es quien realiza el tipo sirviéndose de otro como «instrumento» para la ejecución de la acción típica”.

<sup>787</sup> Vid. ROXIN, C.: Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, trad. de la 7.ª edición alemana por CUELLO CONTRERAS, J. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J., Ed. Marcial Pons, Madrid. 2000, la versión española traduce la 7.ª edición del libro original en idioma alemán y traducido a varios idiomas da cuenta de la importancia de esta obra al Derecho penal y de forma particular en lo referente a la autoría. Respecto de la autoría mediata el maestro alemán dedica un parte central al «dominio de la voluntad» así como a cada una de las manifestaciones que puede adoptar en mérito a varios criterios. Exaltando el aporte de esta obra respecto de la autoría mediata DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: La autoría en Derecho penal. Ed. PPU, Barcelona. 1991, p. 645.

<sup>788</sup> PÉREZ MANZANO, Mercedes: Autoría y participación imprudente en el Código penal de 1995, Ed. Civitas, Madrid. 1999, p. 25 y s., mostrando una tesis negativa al respecto indica que “la autoría mediata es innecesaria en cuanto a la existencia de la infracción del deber de cuidado se admite aún cuando el resultado se cause a través de la conducta de un tercero”, estando en todo caso ante una autoría directa y porque toda puesta en peligro de un bien jurídico ajeno es suficiente para fundamentar la autoría imprudente pues, a ella se le imputa directamente el resultado. Haciendo referencias bibliográficas sobre este punto vid. CANCIO MELÍA, M.: Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas, Ed. JM Bosch, Barcelona. 1998, pp. 349 y 346; CERESO MIR, J.: Derecho Penal. PG., 2.ª edición, Ed. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2000, p. 191.

JESCHECK, H. y WEIGEND, T.: Tratado de Derecho Penal. PG, trad. OLMEDO CARDENETE, M., 5.ª edición, Ed. Comares, Granada. 2002, p. 716.

<sup>789</sup> CERESO MIR, J.: Derecho Penal. PG., 2.ª edición, Ed. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2000, p. 191.

siendo posible en cuyo caso, solo la autoría directa<sup>790</sup>. Esta cuestión se puede notar en el supuesto de la enfermera que no tiene manera de advertir el error por una indicación equivocada del médico para que inyectase al paciente un medicamento que no le corresponde recibir. En este caso, no sería ella autora inmediata (y el médico autor mediato) al tratarse de una autoría directa del galeno pues lo único que interesa es la infracción del deber de cuidado del médico. De esta manera, siguiendo esta doctrina, el médico sería el autor. Así las cosas, resulta intrascendente que el erróneo medicamento hubiese sido inyectado por la enfermera, por el médico de propia mano, e inclusive por el propio paciente<sup>791</sup>.

Si bien en España el tratamiento de la autoría mediata tuvo lugar con RODRÍGUEZ MOURULLO, en el año de 1969<sup>792</sup>, no es hasta los años noventa donde se impulsó su estudio aunque aun prescindiendo de trabajos monográficos que a la postre sentaron las bases para su desarrollo<sup>793</sup>. La reticencia en admitir las distintas formas de participación en el delito imprudente ha calado hasta nuestros días donde se ha constituido en doctrina

---

<sup>790</sup> En este sentido JESCHECK, H. y WEIGEND, T.: Tratado de Derecho Penal. PG, trad. OLMEDO CARDENETE, M., 5.<sup>a</sup> edición, Ed. Comares, Granada. 2002, p. 716, niega la autoría mediata en el delito imprudente “ante la ausencia de una voluntad directa del hecho, no es posible un dominio de éste; por los demás, en este último caso una figura como la de la autoría mediata es también prescindible porque cualquier interviniente que actúa con infracción del deber de cuidado coproduciendo el resultado es considerado sin más responsable a través de la autoría accesoria”.

<sup>791</sup> TERRAGNI, M.: (2006) *La imputación en el delito imprudente* (Tesis Doctoral) Universidad Complutense de Madrid, p. 188 [Biblioteca de Tesis Doctorales y Publicaciones Académicas de la UCM].

<sup>792</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: “El autor mediato en Derecho penal español”, en *ADPCP*, t. 22 1969, p. 461 y s.

<sup>793</sup> Como uno de los máximos especialistas en el tratamiento de la autoría y participación en el delito imprudente, *vid.* LUZÓN PEÑA, D.: “La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado”, en *ADPCP*, t. 42, 1989, p. 906; LUZÓN PEÑA, D. y DÍAZ GARCÍA Y CONLLEDO, M.: “Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría”, en *AFDUA*, III-2000, p. 83. Posteriormente se publican varias obras literarias que contienen análisis de la autoría mediata en el delito imprudente, *vid.* HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.: La autoría mediata en Derecho Penal, Ed. Comares, Granada. 1996, pp. 321 y ss.; ROSO CAÑADILLAS, R.: Autoría y participación imprudente, Ed. Comares, Granada, 2002, pp. 543 y ss.; GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, F.: Intervención delictiva e imprudencia, Ed. Comares, Granada. 2004, pp. 237 y ss.

mayoritaria el negar la autoría mediata en supuestos de acciones imprudentes<sup>794</sup>.

Entre los argumentos utilizados para defender dicha negativa (al igual que la doctrina alemana) se apuntala a la incompatibilidad de la autoría mediata con la adopción de un sistema unitario de autor, considerando innecesario el acudir a esta figura (autoría mediata) puesto que toda persona que causalmente contribuya a la producción de un resultado estará infringiendo un deber de cuidado que le asiste observar; concomitantemente, será autor con independencia de que dicha acción se la ejecute materialmente de propia mano o por intermedio de otra persona. Luego, la negativa de considerar la autoría mediata en los delitos imprudentes se basa en la propia estructura de esta figura ya que su configuración presupone la existencia de dos personas<sup>795</sup>, que como quedó anotado en la definición inicial, una de ellas se vale de la otra para producir el resultado lesivo haciendo las veces de instrumento de la persona de detrás. Si partimos de esto, podremos inferir que es el sujeto «de atrás» el que obra con cierta intencionalidad o conciencia direccionando sus esfuerzos para dominar al instrumento, y de esta manera por intermedio de éste producir el resultado lesivo.

En la legislación penal española la autoría mediata se halla reconocida como una forma de autoría reforzada con la expresión “servirse de”<sup>796</sup>. En

---

<sup>794</sup> Entre los que se oponen CEREZO MIR, J.: Derecho Penal. PG., 2.<sup>a</sup> edición, Ed. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2000, p. 191; BUSTOS RAMÍREZ, J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, H.: Lecciones de Derecho Penal, vol. II, Ed. Trotta, Madrid. 1999, p. 305; MANZANARES SAMANIEGO, J. y ALBÁCAR LÓPEZ, J.: Código Penal (comentarios y jurisprudencia), Ed. Comares, Granada. 1990, pp. 246 y ss. En la jurisprudencia conforme la referencia hecha por GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, F.: Intervención delictiva e imprudencia, Ed. Comares, Granada. 2004, n. 6, p. 239, ya la STS de 6 de abril de 1949, sin hacer un análisis razonado se afirma «que la tesis mantenida en el recurso, relativa a la autoría mediata, o sea cuando el culpable se vale de persona intermedia o superpuesta para cometer el delito, es notoriamente inaplicable a los de carácter culposos, pues sólo es susceptible de serlo a los de naturaleza dolosa».

<sup>795</sup> Uno a uno (uno detrás de otro) o combinaciones *v. gr.* varios sujetos de delante y varios sujetos de detrás cuyas conductas se subsumirían en coautoría mediata, *vid.* LUZÓN PEÑA, D. y DÍAZ GARCÍA Y CONLLEDO, M.: “Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría”, en *AFDUA*, III-2000, pp. 82 y s., el autor hace un análisis prolijo ejemplificando la cuestión.

<sup>796</sup> Así, el art. 28 del CP español (1995) tipifica: “Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento”. En este sentido

palabras de BOLEA BARDÓN, “la autoría mediata es una figura con sustantividad propia”<sup>797</sup>. En este orden de cosas, otra de las razones para negar la autoría mediata en las acciones imprudentes tiene que ver con algo que ya habíamos destacado *supra*<sup>798</sup> en referencia a su incompatibilidad con la teoría del dominio del hecho partiendo de que conforme esta teoría el autor debe abarcar cognitivamente el resultado para hablar de auténtico dominio, circunstancia que por la propia naturaleza de la modalidad imprudente lo haría inviable<sup>799</sup>. No obstante, pese a esta aparente negativa algunos autores<sup>800</sup> consideran viable la autoría mediata en los delitos imprudentes; posición que se afianzaría de mantenerse un concepto restrictivo como el defendido en este trabajo, pues el hecho de que un sujeto infrinja el deber de cuidado no basta para calificarlo como autor de una conducta imprudente, calificación que en todo caso se determinaría en función de la teoría de autor que se adopte.

De esta manera, la autoría mediata desde la determinación objetiva y positiva del hecho implicará que la conducta del sujeto determine el si y el cómo del mismo; es decir, la que resulte más adecuada para la realización del resultado. En este sentido, partiendo como quedó anotado *supra*, que la parte objetiva es igual en los delitos dolosos como en los imprudentes, avalando la posibilidad de la autoría mediata en la modalidad imprudente, HERNÁNDEZ PLASENCIA, explica “y si consideramos autor mediato de un delito doloso al

---

*vid.* HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.: La autoría mediata en Derecho Penal, Ed. Comares, Granada. 1996, p. 322.

<sup>797</sup> BOLEA BARDÓN, C.: Autoría mediata en Derecho penal, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2000, p. 149.

<sup>798</sup> *Vid., supra*, cap. III, 1.5.1.

<sup>799</sup> Disintiendo con este parecer GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, F.: Intervención delictiva e imprudencia, Ed. Comares, Granada. 2004, p. 240 y s., al considerar no demostrado que “las distintas estructuras típicas que muestre la autoría medita en esta clase de delitos [*scil.* imprudentes] deban explicarse a partir de una relación subjetiva entre el autor mediato y el resultado de lesión que es característica de los delitos dolosos”.

<sup>800</sup> Entre los que consideran esa posibilidad FEIJÓO SÁNCHEZ B.: Homicidio y lesiones imprudentes: Requisitos y límites materiales, Ed. Edijus, Zaragoza. 1999, pp. 117, 118 y ss., podemos encontrar algunas razones por las que este autor fundamenta la viabilidad de la autoría mediata en el delito imprudente; CHOCLÁN MONTALVO, J.: Deber de cuidado y delito imprudente, Ed. Bosch, Barcelona. 1998, p. 130, considera como casos de autoría mediata imprudente “aquellos en los que el autor, de forma contraria al deber de cuidado, lleva a la víctima a una situación de autopuesta en peligro sin que haya podido tomar una decisión responsable, como, por ejemplo, cuando se coopera imprudentemente a la puesta en peligro de niños e incapaces”; HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.: La autoría mediata en Derecho Penal, Ed. Comares, Granada. 1996, pp. 321, 333.

que se sirve de otra persona y ello no supone una directa realización de los elementos objetivos del tipo, tampoco lo puede ser en el delito imprudente, porque se trata en uno y en otro caso de la misma acción objetiva. En los delitos dolosos no consideramos autor directo, sino mediato, a quien realiza una acción dolosa que determina a actuar a un sujeto cuya actividad produce el delito; pues en el delito imprudente, también será autor mediato quien realice una acción imprudente que repercute sobre otra persona provocando la realización de una acción que produce directamente el resultado”<sup>801</sup>.

Por otro lado, se ha dicho que el sujeto de detrás debe estar consciente de la utilización del sujeto que le sirve como instrumento para la consecución del resultado; aspecto éste que al parecer no estaría del todo claro, abriendo la posibilidad de contemplar la autoría mediata en la modalidad imprudente<sup>802</sup>. Pese a lo dicho, se argumenta como obstáculo para que la autoría mediata se configure en la modalidad imprudente el significado lingüístico de expresiones como «se sirve» o «utiliza como instrumento» para cometer un delito, pero que PÉREZ MANZANO desvirtuando la posible intencionalidad del sujeto «de atrás» respecto a la realización del resultado, explica que dichas expresiones carecen de un significado subjetivista como el que se pretende asignar. En esta línea “las acepciones del término, según el Diccionario de la Real Academia Española o el María Moliner, no obligan a entender que la expresión «servirse de» siempre implique intención o dolo. En realidad, como en su día argumentó RODRÍGUEZ MOURULLO, es perfectamente posible que se dé la relación siervo-instrumento en casos de imprudencia<sup>803</sup>; en consecuencia, de cara a esta compatibilidad bastaría con referir la representación o conciencia a la instrumentalización para los propios fines sin que ello represente dolo de cometer el delito como el propio HERNÁNDEZ PLASENCIA lo admite

---

<sup>801</sup> HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.: La autoría mediata en Derecho Penal, Ed. Comares, Granada. 1996, p. 334.

<sup>802</sup> Sobre esta posibilidad, *vid.* LUZÓN PEÑA, D.: “La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado”, en *ADPCP*, t. 42, 1989, p. 906; también, LUZÓN PEÑA, D. y DÍAZ GARCÍA Y CONLLEDO, M.: “Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría”, en *AFDUA*, III-2000, p. 83.

<sup>803</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: “El autor mediato en Derecho penal español”, en *ADPCP*, t. 22 1969, p. 484.

considerando posible una interpretación más objetiva de la formulación legal de la autoría mediata<sup>804</sup>.

Finalmente, si resulta imposible desde la perspectiva de la teoría del dominio del hecho considerar la autoría mediata imprudente, desde la determinación objetiva y positiva del hecho como fórmula diferenciadora de la autoría respecto a la participación, dicha posibilidad se muestra como evidente.

### 3.1. La incidencia de la autoría mediata en el ámbito médico-sanitario

Se suele pensar que quien ha actuado en último lugar donde además han intervenido varios sujetos es quien más próximo está temporal y especialmente a la lesión del bien jurídico lo que invita a considerar que el factor espacio-temporal es un elemento a tener en cuenta<sup>805</sup>. Empero, esta afirmación no es del todo estanca, ya que tal orden, es susceptible de variación conforme lo acotaremos más adelante. En todo caso, dicho en la forma más tradicional, quien cometa de propia mano (materialmente) el hecho será considerado como autor, dejando en calidad de partícipes a quienes hayan precedido en el mismo, teniendo asegurada la impunidad al tratarse de la modalidad imprudente. Sin embargo, el paralelismo de la evolución entre la teoría de autor con el cambio en la teoría del delito castigando no ya solo la lesión al bien jurídico sino la mera puesta en peligro, ha hecho variar a determinación de la autoría la cual ya no se condiciona únicamente con la proximidad del ejecutor material a la lesión del bien jurídico, *v.gr.* otrora la comisión de un asesinato exigía la realización de propia mano del autor: asesino era quien introducía el cuchillo, etc.

---

<sup>804</sup> PÉREZ MANZANO, M.: Autoría y participación imprudente en el Código penal de 1995, Ed. Civitas, Madrid. 1999, p. 72. Recogiendo sus palabras, ROSO CAÑADILLAS, R.: Autoría y participación imprudente, Ed. Comares, Granada. 2002, p. 545; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: "Sobre la figura de la autoría mediata y su tan sólo fenomenológica «trascendencia»", en *ADPCP*, 1998, p. 360, observando el razonamiento que hace HERNÁNDEZ PLASENCIA, J., para admitir la autoría mediata en los delitos imprudentes equiparando la autoría mediata con la inmediata.

<sup>805</sup> BOLEA BARDÓN, C.: Autoría mediata en Derecho penal, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2000, p. 544.

En los tiempos que corren, las nuevas estructuras de la sociedad han establecido la necesidad de buscar parámetros más amplios para determinar el autor que en mucho de los casos se hallará alejado de la ejecución de propia mano; sin que esto signifique el quebrantamiento del principio de responsabilidad. De esta forma, la lesión del bien jurídico, con independencia de que haya una ejecución físico-corporal, también puede ser lesionada de forma directa por el hombre de atrás, quien realiza el hecho por medio de otra persona<sup>806</sup>. En este sentido, le asiste la razón a JAKOBS cuando “puede decirse que algo es «propio», ya sea en un negocio jurídico, ya lo sea en la comisión de un injusto, no sólo cuando concurre una realización de propia mano –sostener esto sería incurrir en un error naturalista–, sino cuando exista una razón para imputar como propio lo sucedido”<sup>807</sup>. Pese a ello se hace importante recalcar que los criterios para calificar una conducta como autoría, dependerá de la realidad social, cultural e histórica<sup>808</sup> en la que nos encontremos; lo que incita a que nos aventurándonos en afirmar que en el ámbito médico-sanitario se estará al progreso científico, tecnológico y al avance de los conocimientos, circunstancias éstas que la doctrina las incluye en lo que denomina «sociedad de riesgo», donde todo contacto social conlleva cierta probabilidad de lesión e inclusive cuando se actúa de buena fe: *v.gr.* la probabilidad de transmitir una infección mediante un apretón de manos, o un proceso anestésico médicamente indicado y aplicado conforme la *lex artis*, puede llegar a lesionar<sup>809</sup>.

Así las cosas, en el ámbito médico-sanitario, como lo hemos venido destacando en repetidas ocasiones, no infrecuentemente quien lesiona al

---

<sup>806</sup> *Ibíd.*, p. 152.

<sup>807</sup> JAKOBS, G.: La imputación objetiva en Derecho penal: estudio preliminar de SUÁREZ GONZÁLEZ, C. y CANCIO MELIA, M., trad. CANCIO MELIA, M., Ed. Civitas, Madrid. 1996, p. 152.

<sup>808</sup> BOLEA BARDÓN, C.: Autoría mediata en Derecho penal, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2000, p. 153, al respecto la autora aclara “por ejemplo, el poder de decisión respecto a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (es decir, la capacidad de decidir sobre la ejecución de la acción típica) constituye actualmente uno de los criterios de imputación, aplicable incluso en casos en que la conducta del ejecutor material sigue siendo calificada de autoría dolosa”.

<sup>809</sup> JAKOBS, G.: La imputación objetiva en Derecho penal: estudio preliminar de SUÁREZ GONZÁLEZ, C. y CANCIO MELIA, M., trad. CANCIO MELIA, M., Ed. Civitas, Madrid. 1996, p. 117.

paciente de forma directa (propia mano) por una acción descuidada puede tratarse de un profesional que sigue disposiciones de otra persona que le precede en el tiempo y en la escala de mando; por las sugerencias de otro colega de profesión, o simplemente realiza su función en base a conclusiones a las que llegaron otros especialistas que previamente atendieron al enfermo. Lo que significa que quien lesiona o mata de propia mano no actúa de manera imprudente por estar amparado en el principio de confianza y cuya actuación se basa en el respeto a las competencias de las demás personas con quien interactúa. En consecuencia, no parece inadecuado determinar responsabilidades tanto en el régimen de división horizontal como vertical de trabajo en función de la autoría mediata.

### 3.2. La autoría mediata y su estructura

Generalmente esta modalidad de autoría concurrirá mínimo entre dos personas «uno y uno» (el de delante y el de atrás). No obstante, cabe la posibilidad de otras combinaciones, esto es: varios sujetos de delante y uno solo el de atrás, e inclusive varios los de delante y varios los sujetos de atrás, siendo que en el caso estas dos últimas combinaciones, se trataría de una coautoría mediata<sup>810</sup>.

Desde la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho, la autoría mediata cumplirá con dos requisitos: a) La estructura de la autoría mediata. Su característica particular frente a la autoría inmediata (de propia mano) y a la coautoría estriba en que generalmente el autor no será quien

---

<sup>810</sup> “La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado”, en *ADPCP*, t. 42, 1989, p. 97, el autor ilustra esta cuestión con el supuesto de un maestro de obras que de acuerdo con las sugerencias del constructor y movido por ánimo de lucro igual que aquel, a construir un edificio con materiales de defectuosa calidad suministrados por el constructor, o con una insuficiente proporción de cemento en el hormigón, lo que posteriormente da lugar a una catástrofe por hundimiento del edificio. La conducta del constructor es más que incitación o colaboración imprudente, pues, dado que de él dependen los empleados (y el material), su intervención es tan determinante de la ejecución de la obra como la del maestro de obras. Así, únicamente la conjunción de ambas conductas co-determina objetiva y positivamente el curso del hecho, dando lugar a una coautoría imprudente que en este caso en particular el hecho lesivo se materializa a través de los obreros como instrumentos -inconscientes o no libres-, dándose esta forma un caso de coautoría mediata imprudente de los hechos, suponiendo, claro está, que no hubiera dolo eventual.

realice de propia mano el resultado lesivo (falta de una acción ejecutiva), sino quien esté fácticamente o desde la perspectiva espacio-temporal alejado de dicho resultado. En otras palabras, se crea una dependencia entre el sujeto de delante (instrumento) respecto de quien dirige la situación (el de atrás), lo que se conoce como «relación de instrumentalización», en donde «el instrumento» estará subordinado o será dependiente del sujeto de atrás; y, b) se exige que quien actúa como instrumento pueda llevar a cabo una conducta de autoría; es decir, tenga una conducta que determine objetiva y positivamente el hecho, ya que de no ser así, estaríamos ante una participación mediata o ante una intervención intrascendente desde la perspectiva penal<sup>811</sup>.

Enunciados los requisitos de la estructura de la autoría mediata y pese a ser opinión mayoritaria la relación de instrumentalización existente entre el sujeto de atrás con el de delante, la doctrina se ha empeñado a buscar criterios jurídicos-penales que permitan fundamentar la relación de subordinación del instrumento. En este sentido, una vez más ROXIN basado en el dominio del hecho (como dominio de la voluntad) ha desarrollado algunas categorías que permitan identificar esta figura<sup>812</sup>. El maestro alemán considera cinco estructuras para dicho cometido, a saber: a) el dominio de la voluntad ejerciendo una presión motivadora sobre el ejecutor, es decir, coacción; b) el dominio de voluntad en virtud de error (situación de superioridad intelectual in concreto con respecto al instrumento); c) el dominio de voluntad respecto a la utilización de superioridad psíquica o mental (utilizando inimputables y menores-jóvenes); d) el dominio de voluntad en virtud a estructuras de poder organizadas; y, e) el dominio de la voluntad de instrumento doloso<sup>813</sup>.

---

<sup>811</sup> En este sentido LUZÓN PEÑA, D.: Curso de Derecho penal. PG I, Ed. Universitas, Madrid. 2006. p. 510.

<sup>812</sup> Desde la doctrina alemán más antigua en donde la autoría mediata giraba en torno a los defectos del instrumento; con el criterio del dominio del hecho desarrollando por ROXIN, se intenta dar mayor importancia a las conexiones del hombre de atrás con el ejecutor material que a las cualidades del instrumento, *vid.* BOLEA BARDÓN, C.: Autoría mediata en Derecho penal, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2000, p. 165 y ss., la misma que reconoce la brillantez y sensibilidad jurídica con la que el maestro alemán aborda esta temática.

<sup>813</sup> ROXIN, C.: Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, trad. de la 7.ª edición alemana por CUELLO CONTRERAS, J. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J., Ed. Marcial Pons, Madrid. 2000, p. 166.

Si bien estas estructuras se hallan ideadas para el dolo, no son incompatibles en su totalidad con el modelo imprudente. En este sentido, en procura de alcanzar los objetivos de este trabajo, se hace necesario de entre estas modalidades determinar cuáles pueden tener operatividad en sede de imprudencia, y más cuando en un ámbito como el médico-sanitario se desarrolla en régimen de división de trabajo. Así, luego de hacer un ejercicio de ponderación, creemos que son dos las que serían compatibles con la estructura de la modalidad imprudente, a saber: la del dominio de la voluntad en virtud de coacción y la de dominio de la voluntad en virtud de error. Claro está, debiendo hacer las debidas adaptaciones que posibiliten explicar la autoría mediata imprudente<sup>814</sup>.

### 3.2.1. Autoría mediata por dominio de voluntad mediante coacción

El supuesto de instrumentalización por medio de coacción permite que a través de una concreta presión psicológica el sujeto de atrás incida sobre el de delante (instrumento), de manera que éste sólo tenga la posibilidad de actuar en un único sentido, configurándose una relación a manera de señor-instrumento<sup>815</sup> o como refiere RODRÍGUEZ MOURULLO de “señor-siervo”<sup>816</sup>. Así, el instrumento determina objetiva y positivamente el hecho pero no su voluntad, actuando de modo justificado ya sea por estado de necesidad e inclusive bajo miedo insuperable. La forma de coacción puede ser directa, esto es, por medio de una amenaza o motivación del sujeto de atrás sobre el instrumento, no siéndole posible (coaccionado) decidir libremente, o en su defecto de manera indirecta, colocando al sujeto de delante en una situación que le sea imposible actuar de otra forma que no sea con imprudencia. De esto

---

<sup>814</sup> LUZÓN PEÑA, D. y DÍAZ GARCÍA Y CONLLEDO, M.: “Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría”, en *AFDUA*, III-2000, p.83; HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.: *La autoría mediata en Derecho Penal*, Ed. Comares, Granada. 1996, pp. 334 y s.

<sup>815</sup> ROSO CAÑADILLAS, R.: *Autoría y participación imprudente*, Ed. Comares, Granada, 2002, p. 545.

<sup>816</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: “El autor mediato en Derecho penal español”, en *ADPCP*, t. 22 1969, p. 484.

cabe afirmar, que el dominio de la voluntad sobre el titular del dominio de la acción (instrumento) fundamenta el dominio del hecho<sup>817</sup>.

En el ámbito que nos ocupa (médico-sanitario), la autoría mediata bajo coacciones resulta bastante infrecuente que concorra; empero, de darse algún caso, creemos que el terreno propicio serían los supuestos de división vertical de trabajo, régimen en donde los sujetos interactúan bajo subordinación y dependencia de un sujeto a otro<sup>818</sup>. Por ejemplo, supuestos en relación con las decisiones adoptadas por determinados cargos hospitalarios, disposiciones marco emitidas por los jefes de servicio o de sección, e inclusive por el propio Director del Centro Sanitario respecto de la organización de los servicios en cuestión<sup>819</sup>.

### 3.2.2. Autoría mediata por dominio de voluntad mediante error

Esta estructura se la puede entender con el supuesto de “la amante que quiere deshacerse de la esposa entrega al marido el veneno en forma de medicina para conseguir así su propósito de dar muerte a la enferma”<sup>820</sup>. Conforme esta

---

<sup>817</sup> ROXIN, C.: Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, trad. de la 7.ª edición alemana por CUELLO CONTRERAS, J. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J., Ed. Marcial Pons, Madrid. 2000, p. 167. No obstante, advierte ROXIN sobre la verificación del dominio de la voluntad, entre otras cosas “el concepto del dominio de la voluntad no ha de entenderse en primer lugar psicológicamente, sino interpretarse sobre la base de las experiencias existentes acerca de la capacidad de resistencia humana contra la violencia y la intimidación, de manera que satisfaga la figura rectora de la ley”, *ibíd.* p. 170 y s.

<sup>818</sup> Un ejemplo de laboratorio sería el supuesto en que el Jefe del Departamento de Hematología al cual con un tiempo prudencial se le solicita una muestra de sangre del depósito a su cargo para una mujer que viene de camino al hospital mal herida de gravedad y que dado el negligente proceder del hematólogo tarda en despachar dicha petición a lo que finalmente previa insistencia de un ATS, dicho hematólogo sin verificar las características de la muestra con las del pedido, coaccionando al ATS le ordena que se llevara la muestra sin demora *so pena* de que haría que lo sancionen, por lo que el ATS accede y una vez transfundida la sangre a la moribunda ésta fallece como consecuencia de la incompatibilidad sanguínea con la muestra que se le había transfundido. Otro supuesto en el que inclusive invirtiendo el orden jerárquico de la división vertical de trabajo, la enfermera que asegura haber contado correctamente todo el instrumental quirúrgico previo a que el cirujano suture la herida a la intervenida quirúrgicamente, ésta sufre graves lesiones por el olvido de una pinza en su interior.

<sup>819</sup> *Vid.* la STS de 18 de noviembre de 1991 (ROJ 6345/1991) (Pte. De Vega Ruíz).

<sup>820</sup> BOLEA BARDÓN, C.: Autoría mediata en Derecho penal, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2000, p. 153.

ilustración, la amante sería calificada como autora mediata y el marido de la víctima como instrumento.

En el ámbito sanitario, pese a que pueden subsistir acontecimientos de autoría mediata utilizando la coacción como lo acabamos de anotar *supra*, lo usual es que la instrumentalización tenga su razón de ser en el «error» de la persona de delante producto de una acción equivocada del sujeto de atrás; aspecto conocido doctrinalmente como «desequilibrio cognoscitivo» entre las personas que intervienen en el hecho. Esto en referencia a que el grado de conocimiento de la peligrosidad de la acción y de la posibilidad de que el riesgo se concrete en el resultado sea igual o mayor que el conocimiento que tenga el hombre de atrás en las mismas circunstancias; en cuyo caso, ya no se podría hablar de autoría mediata porque esta supone en los casos de error una superioridad de conocimiento del hombre de atrás, ubicando a éste en un nivel superior en relación al instrumento<sup>821</sup>. En este sentido ROSO CAÑADILLAS, describe el juego de supuestos en los que se puede apreciar autoría mediata en base a la relación cognoscitiva, a saber: “instrumento con imprudencia consciente-sujeto de atrás con dolo o con imprudencia consciente con la aceptación de un riesgo cualificado; instrumento con imprudencia inconsciente-sujeto de atrás al menos con imprudencia consciente; instrumento con error invencible-sujeto de atrás con al menos imprudencia consciente”<sup>822</sup>. El instrumento actuará inducido por error cuando desconozca la peligrosidad de la acción que realiza y que supera el riesgo permitido, sin embargo, si éste advierte dicha peligrosidad y de todas formas decide actuar, el dominio del

---

<sup>821</sup> En el ejemplo utilizado de la amante que entrega el veneno al esposo, la variación del caso hace que la calificación de los intervinientes difiera, así modificando el mismo: si el marido sin saberlo la amante descubriese el contenido real de la medicina, en ese caso, la esposa pasa a ser partícipe y el marido se convierte en autor del asesinato, *vid. ibíd.*, pp. 153 y s.

<sup>822</sup> ROSO CAÑADILLAS, R.: Autoría y participación imprudente, Ed. Comares, Granada, 2002, p. 557, sin embargo, esta autora afirma la existencia de autoría mediata en todos los casos en los que el sujeto de atrás actuara con dolo y el de delante con imprudencia; “no existe, pues, dominio del hecho en el sujeto de atrás cuando actúa con imprudencia consciente pero a la vez el sujeto de delante también actúa con la misma clase de imprudencia, pues el sujeto no actúa dominando el hecho que se traslada al sujeto de delante. Si el sujeto de atrás con dolo y el de delante con imprudencia consciente, también se traslada el dominio del hecho al sujeto de delante, siendo el de atrás inductor. Pero además del error o la ignorancia, si un sujeto, con imprudencia consciente, causa una situación de necesidad para terceros y éstos lesionan dolosamente un bien jurídico, aquél será autor mediato imprudente de estas lesiones”.

hecho se traspa al sujeto de delante absorbiendo la peligrosidad del hecho, posicionando al sujeto de atrás como inductor<sup>823</sup>.

En definitiva, la autoría mediata se establecerá cuando el conocimiento de la peligrosidad de la conducta sea menor en la persona de delante (instrumento) respecto a la persona de atrás. De ahí que algunos autores lleguen a admitir la participación dolosa en el hecho imprudente sobre la base de que la autoría mediata no descansa en el elemento volitivo, sino en el cognoscitivo<sup>824</sup>. Pese a esta estructura no le faltan las críticas en relación a que sea tanto la disposición de la fuente del peligro como de los conocimientos los factores para determinar la instrumentalización en la autoría mediata por error. De ahí que se proponga la teoría de la competencia capaz de explicar de mejor manera la autoría mediata desde el «desequilibrio de las competencias».

Sin querer profundizar en el tema dada la elocuente claridad con que se expone la idea central de esta estructura (autoría mediata por desequilibrio de competencias) nos hacemos con lo que GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO describe: “La responsabilidad jurídico-penal no se cede o traspa porque así lo quieran o permitan los particulares, se trata de una cuestión estrictamente normativa. Por ello, para saber quién es autor «en sentido penal», no nos interesa conocer quién dispone fácticamente de la fuente de peligro o cuánto saben los intervinientes, sino a quién se atribuye normativamente la posición de control sobre la misma. Y para ello no es relevante lo que saben el hombre detrás y de delante, sino lo que ambos deberían conocer. Este razonamiento parece lógico: el comportamiento irregular o despreocupado del sujeto

---

<sup>823</sup> HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.: La autoría mediata en Derecho Penal, Ed. Comares, Granada. 1996, p. 342, este autor ilustra la autoría medita con imprudencia consciente del hombre «de atrás» en el supuesto del “Profesor de Química, con la finalidad de realizar un experimento, indica a su alumno que realice determinadas mezclas de productos químicos, siendo consciente aquél, por otra parte, de la posible o probable lesividad dados los medios utilizados como la inexperiencia e ignorancia de su manipulador, aunque confía en que tal lesión no se verificará. El alumno se produce unas quemaduras en la cara al realizar una manipulación inadecuada de los productos”.

<sup>824</sup> En este sentido, ROSO CAÑADILLAS, R.: Autoría y participación imprudente, Ed. Comares, Granada, 2002, p. 554 hace referencia al “médico que prescribe una dosis equivocada de una sustancia a un paciente y éste cuando llega a sus casa se la toma, produciéndole la sobredosis del medicamento la pérdida de la visión. Es el conocimiento especial del sujeto de atrás el que le hace finalmente determinar la actuación de un sujeto que de modo fáctico determinan a su vez la producción del resultado concreto”.

competente, que permite al incompetente advertir en mayor medida los riesgos que genera e, incluso, disponer fácticamente de la fuente de peligro, no puede afectar ni -mucho menos- disminuir su responsabilidad. No puede transformarlo en partícipe. Lo contrario conduciría al absurdo y sería materialmente insostenible: tendríamos que considerar partícipe al piloto que cede el control del avión a un pasajero y se ausenta de la cabina, al cirujano que cede el control de la operación a una enfermera o al taxista que se tapa los ojos y le pide al cliente que le indique hacia donde girar el vehículo. Si la autoría es responsabilidad, no nos interesa averiguar lo que los sujetos saben o controlan fácticamente, sino lo que deberían saber o controlar. En concreto, su posición normativa frente a la fuente de peligro”<sup>825</sup>.

Demostrado que para establecer la autoría mediata resulta intrascendente el conocimiento que puedan tener los intervinientes, es más, que el conocimiento del sujeto de delante –instrumento– sea igual o llegue a ser mayor que del sujeto de atrás, la autoría mediata descansará en el ámbito normativo<sup>826</sup>. Esto es verificable con el sujeto que “estaba a los mandos de su avioneta cuando solicita en reiteradas veces tomar tierra en la pista donde está autorizado. El controlador, pese a ser consciente de que la misma tiene prioridad para aterrizar, pues así lo establece el Reglamento de circulación aérea, decide mantenerla en la zona de aproximación al aterrizaje unos diez minutos y permitir el despegue de tres aviones, asignándole una posición de espera «en el punto menos indicado» porque «taponaba el circuito de tránsito

---

<sup>825</sup> GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, F.: Intervención delictiva e imprudencia, Ed. Comares, Granada. 2004, pp. 251 y s.

<sup>826</sup> En referencia a la compatibilidad como norma SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: “Sobre la figura de la autoría mediata y su tan sólo fenomenológica «transcendencia», en *ADPCP*, t. 51, 1998, n. 67, p. 346 explica “lógicamente, para poder imputar el resultado al hombre de atrás, no basta con que el hombre de delante sea un instrumento, sea mero factor natural-causal, sino que además el hombre de atrás habrá de ser competente respecto de ese defecto del hombre de delante; este aspecto, sin embargo, no interesa para la discusión que se está llevando a cabo en este estudio”; también FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: Homicidio y lesiones imprudentes: Requisitos y límites materiales, Ed. Edijus, Zaragoza. 1999, señala “para que se den los requisitos objetivos de una autoría mediata es preciso en primer lugar que, aunque el «instrumento» realice el tipo objetivo, el hecho no se le pueda imputar personalmente por algunas de las razones contempladas en el C. P. [...] Y, además, el tipo objetivo de la autoría exige algo más: que esa razón que impide imputarle un delito al «hombre de delante» sea imputable precisamente al «hombre de atrás» para que se pueda considerar como algo suyo el riesgo que el «instrumento» ha creado con sus propias manos”.

del aeródromo» y obligaba a «una maniobra anormal y peligrosa». El piloto del último de estos tres aviones advierte a la torre de control de la peligrosidad de la situación, no sólo por el tiempo que la avioneta lleva en la zona de aproximación, un área de riesgo donde a lo sumo se tiene que estar un par de minutos, sino porque teme que la estela de su avión, un Boeing, desestabilice el liviano aparato. La torre de control desoye las advertencias y los temores del piloto del Boeing se realizan<sup>827</sup>; erigiéndose el controlador en este supuesto como autor mediato.

Así las cosas, para determinar la instrumentalización en la autoría mediata no se tomará en cuenta de manera exclusiva el «desequilibrio cognoscitivo»; es decir, a supeditar dicha figura a los conocimientos que puedan tener cualquiera de los intervinientes. De la misma manera, la instrumentalización conforme el «desequilibrio de las competencias» peca a nuestro parecer de muy inflexible, por no decir, de muy rígida. En consecuencia, el hacer depender del «desequilibrio cognoscitivo» en el ámbito médico-sanitario la determinación de que el sujeto de delante ha servido como instrumento del hombre de atrás, no será algo concluyente puesto que no siempre dicho desequilibrio será del todo frecuente, y más en los tiempos actuales donde la brecha en el nivel de conocimiento resulta cada vez más estrecha, lo que no significa que se deba desconocer los ámbitos competenciales entre el personal sanitario. Esto se puede verificar en el hipotético caso del médico que prescribe un fármaco para que sea la enfermera quien inyecte a una paciente que conoce de tiempo atrás, o que por algún dato que observó en la historia clínica aquella tenga dudas sobre la compatibilidad del fármaco, pero que sin embargo confía en la decisión del médico al no tener ninguna razón fundada que le induzca a pensar lo contrario.

---

<sup>827</sup> GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, F.: Intervención delictiva e imprudencia, Ed. Comares, Granada. 2004, p. 252, explica “en este supuesto no existe un desequilibrio cognoscitivo a favor del hombre de detrás. En realidad, es el hombre de delante, el sujeto que se encuentra a los mandos de la fuente de peligro, quien advierte al de detrás de la peligrosidad de la maniobra que va a realizar siguiendo sus instrucciones. Sin embargo, y pese a tal circunstancia estamos ante un ejemplo de autoría mediata. La razón sólo puede ser normativa: la competencia sobre la fuente de peligro se ha transferido del hombre de delante al de atrás. La competencia sobre el avión, en el momento de despegue y aterrizaje en lo referente a cuándo realizar la maniobra, se transfiere material e imperativamente del piloto al controlador”.

Como se puede apreciar, la enfermera pese a tener mayores datos que el médico respecto de la paciente, la estructura de actuación no varía, y en caso de un infausto resultado el médico respondería como autor mediato. Esto es así porque el ámbito médico-sanitario se encuentra organizado funcionalmente conforme el régimen de división de trabajo de forma vertical y horizontal, estructura basada en un acuerdo previo de las actividades inherentes a cada persona conforme las competencias establecidas en orden a la titulación académica, a la posición que ocupen en el organigrama sanitario o a la concreta función asumida en el equipo médico; lo que conlleva a que se configure un sistema de competencias exageradamente inflexible que no toma en consideración la situación fáctica del concreto hecho susceptible de valoración jurídico-penal.

Así las cosas, pensamos que la sobrevaloración hecha a la competencia a efecto de determinar la autoría mediata se puede verificar en el ejemplo de la avioneta<sup>828</sup> que por instrucciones de la torre de control ésta debe aguardar en el aire durante un tiempo no recomendado antes de que despegasen tres aviones que estaban en pista, máxime que la avioneta tenía prioridad sobre el resto de aeronaves conforme la reglamentación. De esta forma suscitado el accidente, el controlador es considerado autor mediato pese a las advertencias recibidas por el piloto del último de los aviones en pista, mismas que fueron omitidas por el controlador de la torre. Al respecto, justificando la calificación de autor mediato GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO indica que “al tratarse de una situación institucionalizada, el hombre de delante, el piloto, para liberarse de responsabilidad, no precisa realizar esfuerzos adicionales: Por ejemplo, no hace falta que el piloto le recuerde al controlador los riesgos que supone la actividad que va a realizar, que aspectos debe tener en cuenta al tomar la decisión o que se cerciore nuevamente de los datos que le facilita. Porque este último ya debe conocer tales aspectos y, al contrario de lo que sucede en el ejemplo anterior, sobran las aclaraciones: el piloto sólo debe poner en marcha el avión y observar las indicaciones que le hace el hombre de detrás [...] En principio, se trata de una persona idónea, un controlador, y la habilidad del

---

<sup>828</sup> *Vid., supra*, cap. III, 3.2.2.

mismo para el control de la fuente de peligro se presume –siendo esta presunción la que protege al piloto– de la función que desempeña. Lo mismo sucede con la asunción de la posición normativa sobre la fuente de peligro: se presume de su condición de controlador: Por tanto, no es exigible al piloto un examen posterior sobre los concretos acontecimientos del hombre de detrás o sobre la forma de asunción del puesto que éste tiene atribuido. Porque en estos ámbitos opera el principio de confianza. Por tanto, confirmamos la solución adelantada: el hombre de atrás, el controlador, ostenta la competencia sobre las fuentes de peligro pilotadas por los hombres de adelante, los dos pilotos: en consecuencia, sólo el debe responder como autor”<sup>829</sup>.

De igual manera, GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, llega a similares conclusiones sobre la autoría mediata en relación al supuesto de la enfermera que suministra un fármaco indicado por el médico que a la postre ocasiona el deceso de la paciente por tener reacciones alérgicas a dicho compuesto. En este sentido, hace la siguiente formulación “supongamos que la enfermera [...] advierte la peligrosidad de la orden impartida por el primer médico y aun así ejecuta e inyecta el Farmapén al paciente intuyendo las reacciones que le provocará el mismo. ¿Qué ocurriría entonces? ¿Afectaría esta circunstancia a título de imputación del hombre de atrás? A mi juicio [...] la respuesta a estas dos cuestiones debe ser negativa. El hecho de que la enfermera advierta la peligrosidad de la orden impartida por el Doctor R. no afecta a la condición de autor de éste, puesto que la autoría inmediata no se fundamenta en el principio de confianza, tampoco en el grado de conocimiento de los distintos intervinientes, sino en la posición normativa que ocupan los mismos frente a la fuente de peligro. [...] ¿Y si concurriese algo más que una conciencia de peligrosidad? ¿Qué ocurriría si la enfermera conociese exactamente los efectos que producirá el medicamento a la víctima? ¿Qué pasaría si advierte que el medicamento causará la muerte a la paciente? Aquí no nos interesa si el hombre de delante responde o no por dolo, cuestión que excede del tema del

<sup>829</sup> GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, F.: Intervención delictiva e imprudencia, Ed. Comares, Granada. 2004, pp. 252, 273 y s. En la jurisprudencia un caso similar al del ejemplo aquí propuesto en el que se condena a un médico adjunto y a un MIR como autores por homicidio imprudente sin pronunciarse respecto de la enfermera que lleva a cabo el hecho materialmente, *vid.* STS de 15 de enero de 1986 (ROJ 49/1986) (Pte. Latour Brotons).

presente trabajo, nos interesa, únicamente, si tal conocimiento afecta a la condición de autor del hombre de detrás. Pues bien, en relación con esta cuestión vuelvo a responder negativamente. La responsabilidad del hombre de atrás no varía por los conocimientos del hombre de delante. El hombre de detrás era autor y permanece como autor. Entonces, ¿sería posible hablar de autor mediato imprudente-instrumento doloso? Sin ningún tipo de duda. Desde el momento en que se advierte que la autoría es un problema normativo, no hay ya ningún obstáculo para dimitir una autoría mediata imprudente a través de un hombre de delante que actúa de forma dolosa<sup>830</sup>.

Partiendo de los ejemplos y los razonamientos expuestos en las líneas precedentes, en el supuesto de la avioneta ¿el piloto debe observar todas las indicaciones e instrucciones del controlador sin importar las circunstancias concretas del caso, pudiendo ser que dichas instrucciones llegaran a ser absurdas o incorrectas? ¿El principio de competencia es ilimitado, esto es, que prevalido de su capacitación el piloto no pueda cuestionar las instrucciones dadas por el controlador? ¿El principio de confianza valida para que el hombre de delante se exima de responsabilidad, es decir, pese al evidente error de las indicaciones del sujeto de control? Estos cuestionamientos son de igual aplicación en el ejemplo del Farmapén ¿La enfermera podía haber corregido sobre la prescripción del médico? ¿Las competencias tanto del médico como de la enfermera impiden que ésta pueda actuar de otra manera al advertir un error? ¿El principio de confianza es el presupuesto para que la enfermera se exima de efectuar alguna comprobación? Nos parece que en los supuestos de la avioneta pretendiendo aterrizar y la del médico que prescribe la aplicación del Farmapén, el piloto de avión y la enfermera (sujetos de delante) al percatarse sobre los riesgos fundados de afectación al bien jurídico, no pueden escudarse en el cumplimiento de las disposiciones conforme el principio de competencia, pues a vuestro parecer resulta muy inflexible máxime que desprecia las circunstancias fácticas del hecho en concreto (en nuestros ejemplos: la advertencia del peligro hecha por el piloto al controlador y que la enfermera conocía datos acerca de la incompatibilidad del fármaco en la

---

<sup>830</sup> GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, F.: Intervención delictiva e imprudencia, Ed. Comares, Granada. 2004, pp. 295 y ss.

paciente) limitando el actuar de quienes tenían la posibilidad de cambiar su accionar en procura de evitar el resultado lesivo. Circunstancias que contravendrían como ya se esgrimió anteriormente, los principios de un Derecho penal cuya finalidad es proteger los bienes jurídicos<sup>831</sup>. Esto es, preservar el sistema de expectativas sociales, bienes que poseen un valor en sí mismos y que exigen que un ciudadano cuando esté a su alcance evitar su lesión, lo haga<sup>832</sup>.

En este estado de las cosas, pensamos que para determinar la autoría mediata y en consecuencia la instrumentalización como requisito estructural de aquella (autoría mediata) se deberá optar una modalidad mixta, es decir, los conocimientos y la competencia. Respecto al primero, creemos que el conocimiento no determina directamente la autoría mediata. El hecho de que un sujeto «conozca», no será algo que determine sin más la posición que éste ocupe en determinado suceso respecto al otro sujeto con quien interactúe, ya que puede suceder, que siendo el sujeto en un primer momento incompetente por el hecho de conocer ciertos datos fácticos en relación con el sujeto de atrás, pase a ser competente para actuar en determinada manera.

En el ámbito médico-sanitario el principio de confianza será un presupuesto determinante para establecer la instrumentalización, y más en el

---

<sup>831</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C.: Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales, Ed. Aranzadi, Navarra. 2003, p. 242.

<sup>832</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p. 360. Con apreciaciones contrarias GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, F.: Intervención delictiva e imprudencia, Ed. Comares, Granada. 2004, p. 312 y s., “sólo se demuestra consecuentemente desde posiciones que pretendan una, maximización en la protección de bienes jurídicos y que conducen, por ello, a resultados altamente insatisfactorios. Puesto que, en términos de riesgo, llevan a atribuir competencias a personas que por su menor cualificación o por la posición que ocupan dentro del proceso lesivo –en los ejemplos, enfermera, piloto y conductor frente a médico, controlador y cobrador– no es aconsejable considerarlas competentes. Luego, es cuestionable que tal medida suponga un acierto político-criminal en tanto efectiva reducción de riesgo. Por ejemplo, en el caso del controlador, aunque el piloto crea que la maniobra es peligrosa, no deja de ser la torre de control quien conoce donde se encuentra cada avión, por tanto nadie está en mejor situación que ella para decidir cuando despegan o aterrizan los mismos [...] Además, desde el punto de vista de la proporcionalidad del castigo, es materialmente insostenible castigar como autor a quien no considera en su actuar un irregular cumplimiento ajeno. El simple hecho de que la enfermera advierta la peligrosidad de lo que va a realizar el cirujano, aunque no obre en consecuencia, no la puede transformar en cirujano a efectos de responsabilidad (!)”.

régimen de división vertical de trabajo donde difícilmente se podrá quebrantar el principio de confianza en razón a la relación jerárquica entre los interactuantes<sup>833</sup>. Pese a ello, no se puede descartar incluso que el ejecutor de la acción material sea el propio superior jerárquico. A más de esto, no es desdeñable pensar que en el régimen de división del trabajo sea posible hablar de una instrumentalización especialmente en los supuestos de intervención sucesiva.

Respecto a la competencia consideramos que no necesariamente debe constituirse en algo extremadamente estático, siendo preciso incluirla en las circunstancias de la situación; es decir, tomar en cuenta la competencia con miras a cuidar la lesión de los bienes jurídicos preservando el sistema de expectativas sociales. En definitiva, una competencia enfocada a un «deber de cuidado».

En esta línea, compartimos lo que expone acertadamente ROSO CAÑADILLAS, al considerar que “aunque el principio general sea el de que una superioridad de conocimiento implica una determinación objetiva del hecho mediato y por tanto la autoría, hay relaciones entre el sujeto de delante y el de atrás en los que influyen otros condicionantes, como puede ser la especial competencia que también coloca al sujeto de atrás en una posición de superioridad, como ya ponía de manifiesto LUZÓN PEÑA en su exposición con el ejemplo del ingeniero [*scil.*]<sup>834</sup>. En efecto, actualmente en las relaciones

---

<sup>833</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012, p. 186, indica que el principio de división de trabajo en principio serviría para delimitar jurídicamente las tareas de cada interviniente, sin embargo, es muy discutida su incidencia a la hora de determinar el deber de cuidado de cada uno de los participantes sanitarios respecto de la actuación realizada conjuntamente.

<sup>834</sup> El “ingeniero industrial diseñara una determinada maquinaria con fallos en el sistema de funcionamiento, o de sustentación o anclaje, que hicieran peligroso su funcionamiento posterior y, pese a que los efectos deberían haber sido reconocidos por los mecánicos cualificados encargados del montaje de la maquinaria, éstos no lo noten, confiados en la competencia del ingeniero, o se sientan presionados y no se atrean a manifestar sus dudas, confiando en que finalmente no pase nada, por lo que efectúan la instalación de la maquinaria, que, al entrar en funcionamiento, provoca un accidente. En tales supuestos sería erróneo calificar sólo de cooperación o incitación imprudente la conducta del primer sujeto, puesto que entra en juego la responsabilidad por autoría mediata culposa”, *vid.* LUZÓN PEÑA, D.: “La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado”, en *ADPCP*, t. 42, 1989, p. 906.

laborales impera el principio de división del trabajo debido a la alta tecnificación y especialización de nuestros operarios; y es, sobre todo, en la división del trabajo vertical donde se impone esa posición de superioridad del sujeto de atrás debido al factor competencia, planteando la necesidad de acudir a la autoría mediata, desempeñando con respecto a estas relaciones un papel configurador el principio de confianza”<sup>835</sup>.

Finalmente, analizada la instrumentalización como primer requerimiento de la autoría mediata aún no es posible la configuración de esta figura sin examinar que la conducta del instrumento cumpla con la determinación objetiva y positiva del hecho; para lo cual, una vez más, aquel examen de comprobación lo clarificaremos con el elocuente análisis que DÍAZ Y GARCÍA COLLEDO realiza, a saber: “cuando se estudia la autoría mediata, normalmente se dan una serie de criterios materiales (existencia de coacción sobre el instrumento, provocación o utilización de un error en el mismo, carácter de inimputable del instrumento, utilización de un aparato organizado de poder, etc.) que realmente (aunque fueran todos ellos correctos) no explican por sí solos la existencia de autoría mediata, es decir no explican por sí solos la existencia de dominio del *hecho* (o sea, en mi opinión, determinación objetiva y positiva), sino que explican sólo cuándo estructuralmente se da el supuesto de relación de una acción por una persona, a través de otra de la que se sirve como instrumento, o sea, en el campo penalmente relevante, explican una parte del fundamento tanto de la autoría mediata como de la participación mediata; dándose esos criterios, lo importante para saber si el sujeto de atrás es autor o partícipe, será determinar si la acción del instrumento es a su vez objetivamente de autoría (aunque por la falta de otros elementos del tipo no pudiera, en ocasiones, considerársele autor en sentido penal), o sea determina objetiva y positivamente el hecho, o de participación (independientemente también de si, por faltar algún elemento genérico del tipo, por ejemplo el dolo, no se le puede considerar partícipe penalmente relevante). He aquí la

---

<sup>835</sup> ROSO CAÑADILLAS, R.: Autoría y participación imprudente, Ed. Comares, Granada, 2002, p. 558.

importancia de la actuación del instrumento, que normalmente no se suele poner de relieve<sup>836</sup>.

---

<sup>836</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: La autoría en Derecho penal. Ed. PPU, Barcelona. 1991, pp. 646 y s.

## **CAPÍTULO IV**

### **REFERENCIA A LA DENEGACIÓN DE ASISTENCIA SANITARIA: ARTÍCULO 196 DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL**

## CAPÍTULO IV

### IV. LA DENEGACIÓN DE ASISTENCIA SANITARIA: ARTÍCULO 196 DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

Hasta esta parte de la investigación se ha abordado el estudio de la delimitación de la responsabilidad médico sanitaria desde la modalidad imprudente. Sin embargo, como en su oportunidad lo hemos dejado por sentado, no se puede descartar la concurrencia de conductas dolosas. En este sentido, a manera de *excurso*, el análisis del delito de denegación de asistencia sanitaria tipificado en el art. 196 CP, resulta por demás pertinente, puesto que en la práctica no dejan de ser infrecuentes los acontecimientos en los que las conductas omisivas de los profesionales-sanitarios comprometen seriamente los bienes jurídicos vida y salud. En este sentido, debemos dejar en claro que se ha seleccionado el estudio de la denegación de asistencia sanitaria (siendo la otra conducta el abandono de los servicios sanitarios, art. 196 CP) por ser la modalidad en donde en su gran mayoría se subsumen los comportamientos omisivos de estas características; pero que en todo caso, el análisis que se haga de la «denegación de asistencia» será valedero para el «abandono de los servicios sanitarios», por estar tipificadas estas dos modalidades en una misma norma penal (art. 196 CP).

Parte de la delimitación de la responsabilidad penal implica establecer las circunstancias en las que es posible imputar el resultado cuando la denegación de asistencia sanitaria concurre en un escenario donde se precisa determinar si el profesional ha incurrido en denegación de asistencia. Asunto que se puede tornar más enmarañado al tratarse de una labor en la que confluyen varios comportamientos, e inclusive donde se pueden ver comprometidas personas que no están directamente vinculadas al proceso médico-sanitario en sentido estricto<sup>837</sup>.

---

<sup>837</sup> En este sentido, *vid., infra*, cap. III, 2.1.1.

En este capítulo se analizará los rasgos característicos que singularizan la denegación de asistencia sanitaria, tipificado en el art. 196 del CP; así como otras cuestiones no menos problemáticas y que la doctrina ha venido poniendo al descubierto en torno a esta novedosa figura, que dicho sea de paso, en no pocas veces la doctrina la ha tildado de innecesaria y hasta de confusa<sup>838</sup>. De ahí la conveniencia de escudriñar los diferentes postulados en aras de establecer sus alcances.

## 1. Antecedentes

Previo al análisis propuesto en líneas precedentes se hace necesaria para la mejor comprensión de esta figura penal, revisar los antecedentes más próximos para establecer cuál fue la finalidad del legislador para incluir esta nueva figura (reformada) en el CP de nuevo cuño. Decimos reformada, pues tanto la denegación como el abandono de los servicios sanitarios encuentran sus precedentes en el art. 194 del Proyecto al Código Penal (PCP) de 1980<sup>839</sup>, que dicho de paso, de igual forma a como lo hace el actual art. 196 (CP 1995), remitía la pena a su artículo precedente (art. 195 PCP 1980), mismo que no contenía el agravante de un delito precedente, y más bien se configuraba como un tipo penal autónomo.

Otro de los precedentes lo encontramos de forma posterior en el art. 193 de la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal (PANCP) de 1983<sup>840</sup>. Tiempo más tarde, los precedentes se contienen en el art. 197 del PCP de 1992, y 187 del PCP de 1994, cuyos textos son redactados de idéntica

---

<sup>838</sup> En este sentido *vid.* QUERALT JIMÉNEZ, J.: Derecho penal español. PE, 3ª edición, Ed. Bosch, Barcelona. 1996, p. 176. GÓMEZ RIVERO, M.<sup>a</sup> C.: La responsabilidad Penal del Médico, 2.<sup>a</sup> edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2008, p. 624 en referencia a la falta de entendimiento doctrinal arguye que “prácticamente no hay ningún elemento de este tipo delictivo que se preste a interpretarse de forma unánime”.

<sup>839</sup> Art. 194 PCP: “El que denegare asistencia sanitaria o abandonare los servicios sanitarios cuando se derivase riesgo grave para la salud de las personas o se incumpliera el nivel mínimo establecido de funcionamiento de tales servicios, será castigado con las penas establecidas en el artículo precedente, en su mitad superior”.

<sup>840</sup> Art. 193 PANCP: “El que denegare asistencia sanitaria o abandonare los servicios sanitarios cuando se derivase riesgo grave para la salud de las personas o incumpliere el mínimo establecido en funcionamiento de tales servicios, será castigado con las penas del artículo precedente en su mitad superior”.

forma<sup>841</sup>. Si bien se puede constatar conforme las iniciativas penales antes en mención que ya hacían constar la denegación y el abandono de los servicios sanitarios; no obstante, en comparación a como se presenta el art. 196 CP (1995) se ha ido eliminado la referencia al incumplimiento de servicios mínimos (art. 194 PCP1980); así como se ha añadido a la remisión de la pena que se hace al art. 195 CP (1995) la inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por el tiempo de seis meses a tres años. Pese a lo apuntado los precedentes más próximos en el tiempo tienen lugar con el CP de 1944/1973, habiendo primero que determinar si el médico tenía la calidad de funcionario; de ser así y habiendo negado a prestar ayuda ante la solicitud de auxilio, su conducta era encausada por el apartado primero del art. 371<sup>842</sup> si la petición provenía de autoridad competente, o por el tercer apartado si el solicitante de ayuda se trataba de un particular. Luego, si el médico no era funcionario, en lugar de la denegación de auxilio, se lo incriminaba por omisión del deber de socorro<sup>843</sup> como a cualquier particular, conllevando al anecdótico resultado de que se sancionaba más gravemente al médico que no era facultativo que al que tenía esta calidad.

## 2. Bien jurídico protegido

Los bienes jurídicos constituyen intereses vitales para la pacífica coexistencia social a los que el pueblo soberano representado por el legislador otorga la máxima tutela posible. En este sentido BLANCO LOZANO, explica

---

<sup>841</sup> El texto tipificaba como sigue: “El que denegare asistencia sanitaria o abandonare los servicios sanitarios, cuando de la denegación o abandono se derivase riesgo grave para la salud de las personas, será castigado con las penas del artículo precedente en su mitad superior”.

<sup>842</sup> De la Desobediencia y Denegación de Auxilio, Art. 371 CP 1944/1973: “El funcionario público que, requerido por Autoridad competente, no prestare la debida cooperación para la administración de justicia u otro servicio público, incurrirá en las penas de suspensión y multa de 5.000 a 25.000 pesetas [...] En iguales penas incurrirá, respectivamente, el funcionario público que, requerido por un particular a prestar algún auxilio a que esté obligado por razón de su cargo para evitar un delito u otro mal, se abstuviere de presentarlo sin causa justificada”.

<sup>843</sup> De la omisión del deber de socorro. Art. 489 bis. del CP de 1944/1973, cuyo texto establece: “El que no socorriere a una persona que se hallare desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiese hacerlo sin riesgo propio ni de tercero, será castigado con la pena de arresto mayor o multa de 5000 a 10000 pesetas. En la misma pena incurrirá el que, impedido de prestar socorro, no demande con urgencia auxilio ajeno. Si la víctima lo fuere por accidente ocasionado por el que omitió el auxilio debido, la pena será de prisión menor”.

que “el punto de partida político-criminal que rige la inclusión de una determinada conducta en la legislación penal, concretamente a través de su articulación típica, no es otro que la tutela de un determinado bien jurídico al que se considera merecedor de salvaguarda en el ámbito del Derecho punitivo”<sup>844</sup>.

Previo adentrarnos al examen de la denegación de asistencia sanitaria cuestión importante, será el establecer el bien jurídico protegido como elemento integrador del tipo, no estando del todo clara su identificación<sup>845</sup>, máxime la importancia de su determinación como criterio valorativo e integrador para la interpretación y aplicación del concreto tipo legal en juego<sup>846</sup>. De esta manera un sector de la doctrina sostiene que el bien protegido por este tipo penal es la «solidaridad humana que se hace patente en el deber de asistencia respecto a la persona cuya vida o integridad corre un peligro grave»<sup>847</sup>. Pese a ello, parece que esta apreciación pecaría de incorrecta, pues

---

<sup>844</sup> BLANCO LOZANO, C.: La omisión del deber de socorro en el Derecho penal, Ed. Bosch, Barcelona, 2009, p. 83.

<sup>845</sup> La vigencia de la teoría del bien jurídico ha sido duramente cuestionada por algunos autores, sin embargo, si bien la doctrina mayoritaria lo vincula como elemento de protección penal, el proceso para su reafirmación es catalogado como un *work in progress*, *vid.* HEFENDEHL, R.: “El bien jurídico: imperfecto, pero sin alternativa”, en GARCÍA VALDÉS, C., *et. al.* (coord.), *Estudios Penales en Homenaje a ENRIQUE GIMBERNAT*, t. I, Ed. Edisofer, Madrid. 2008, p. 389.

<sup>846</sup> En este sentido GÓMEZ RIVERO, M.<sup>a</sup> C.: La responsabilidad Penal del Médico, 2.<sup>a</sup> edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2008, p. 625.

<sup>847</sup> PORTILLA CONTRERAS, G.: “La omisión del deber de socorro”, en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. (coord.), *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2001, p. 1689, considera al art. 196 como un tipo agravado del art. 195, en referencia a la categoría de «profesional sanitario». En este sentido, este autor hace referencia a la STS de 30 de mayo de 1970, la que se juzga el atropello y muerte de un ciclista causado por un médico de profesión, afirmando que éste se desentendió de sus deberes «máxime cuando el autor del atropello era médico que sabía por su profesión, cosa importante y necesaria en la asistencia técnica a quien está lesionado, y que por su actividad conocía el sentido indudable de la asistencia». En esta línea, la STS de 27 de diciembre de 1986 (ROJ 7411/1986) (Pte. Gil Sáez) condena a un médico por imprudencia y por omisión del deber de socorro, al causar la muerte de una mujer tras haberla atropellado con su vehículo, resaltando su condición profesional “lo que acreditaba el dolo de su omisión al no acudir al sitio del accidente para prestar la ayuda necesaria, de especial interés por su profesión de médico”. Haciendo referencia a la «solidaridad humana» como bien jurídico, *vid.* PORTILLA CONTRERAS, G.: “De la omisión del deber de socorro”, en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Curso de Derecho Penal Español. PE*, t. I, Ed. Marcial Pons, Madrid. 1996, p. 386; ATIENZA RODRÍGUEZ, M.: “La argumentación en un caso difícil la huelga de hambre de los presos del Grapo”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 9, 1990, p. 32.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. y PÉREZ DEL VALLE, C., en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (dir.), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, t. II, Ed. Trivium, Madrid. 1997,

p. 2307; RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: “De la omisión del deber de socorro”, en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (dir.) y JORGE BARREIRO, A. (coord.), *Comentarios al Código penal*, Ed. Civitas, Madrid. 1997, p. 560; GARCÍA ALBERO, R.: “Artículo 196”, en QUINTERO OLIVAREZ, G. (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Código Penal*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona. 2016, p. 414. Haciendo referencia al objeto de protección como «deberes de solidaridad social», *vid.* FERNÁNDEZ ALBOR, A.: “Asistencia médica y omisión del deber de socorro”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 7, p. 165. A manera de antecedente histórico, GÓMEZ TOMILLO, M.: Responsabilidad penal de los profesionales sanitarios: Artículo 196 del Código penal, Ed. Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, D.L., Valladolid. 1999, n.10, p. 16, destaca cómo anteriores normativas despejan la duda de considerar a la solidaridad humana como bien jurídico; así “el artículo 585 del Código Penal de 1922 se ubicaba dentro del Título VIII, «De los que rehúsan al Estado los servicios que le deben», donde aunque quizá podía hacerse valer la opinión de que lo tutelado era la solidaridad humana, la cuestión ni siquiera allí dejaba de ser complicada. Por otra parte, el artículo 348 del Proyecto de Código Penal de 1830, despejaba cualquier duda que se pudiera presentar, ya que el mismo se ubicaba, como ya hemos señalado, en el Título II, «De las heridas y otros daños corporales», del Libro Tercero, «De los delitos privados»”; refiriéndose a la solidaridad general producto del rol general como persona fundado en el sinalagma libertad/responsabilidad, *vid.* PIÑA ROCHEFORT, Juan: Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del Derecho penal, Ed. Bosch, Barcelona, 2005, p. 414. Entre la jurisprudencia haciendo referencia a la «solidaridad humana» *vid.* la STS de 22 de febrero de 1992 (ROJ 1407/1992) (Pte. Ruíz Vadillo) “El deber de socorro, en general, viene fundamentado en la *solidaridad humana*”; STS de 28 de noviembre de 1994 (ROJ 22629/1994) (Pte. Martínez-Pereda Rodríguez) “[...] se trata de bienes jurídicos distintos: solidaridad humana en el de omisión del deber de socorro”; STS de 27 de diciembre de 1986 (ROJ 7411/1986) (Pte. Gil Sáez) “constituye infracción dolosa de comisión por omisión del deber jurídico y moral de auxiliar al semejante que lo precisa, por *elemental solidaridad humana*” “El deber de socorro, en general, viene fundamentado en la solidaridad humana”; STS de 13 de marzo de 1987 (ROJ 1806/1987) (Pte. Ruíz Vadillo) “La Ley ha construido esta figura penal en base al importante deber moral que se eleva a la categoría de deber jurídico y que obliga a prestar auxilio al semejante que lo precise por un *mínimo sentido de solidaridad humana*”; STS de 25 de enero de 1984 (ROJ 1649/1984) (Pte. Latour Brotons) “encuentra su fundamento finalístico en el incumplimiento del *deber de solidaridad* impuesto por la convivencia social y que viene exigiendo para su estimativa, la conducta omisiva consistente en no prestar ayuda a la persona que se hallase desamparada”; STS de 23 de marzo de 1988 (ROJ 10725/1988) (Pte. Bacigalupo Zapater) “el deber de socorrer que incumbe al que causó el accidente es un deber de especial intensidad, que tiene diferencias cualitativas con el simple *deber jurídico de solidaridad* que afecta a quienes encuentran a una persona en situación de peligro o desamparo que no ha sido producido por ellos”; STS de 9 de abril de 1985 (ROJ 195/1985) (Pte. Hijas Palacios) “La Sala que fundado el precepto en la necesidad de defensa de vida humana y en los deberes de caridad –más bien de justicia– y *altruismo comunitario* para prestar apoyo la que está en peligro y precisa amparo”; SAP Oviedo de 22 de octubre de 2001 (ROJ 4099/2001) (Pte. Domínguez Begega) “considerada en la *confianza que cada ciudadano debe albergar de que hallándose en una situación de desamparo y peligro manifiesto y grave, cuente con el auxilio de sus semejantes*” [La cursiva es nuestra]; la STC de 2 de noviembre de 2004 (ECLI:ES:TC:2004:180) (Pte. Casas Baamonde) hace constar “la mínima cooperación social exigible, la solidaridad humana, la vida o integridad física en peligro, la protección de los bienes primarios en desamparo, junto con el escaso riesgo en prestar el socorro; por tanto, la perspectiva dominante es la del interés de la persona desamparada y, secundariamente, el interés social en el resto comportamiento cooperativo entre los hombres”. En este sentido el deber jurídico de solidaridad se plasma en algunas ocasiones en normativas por medio de disposiciones sectoriales como en el caso de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, cuyo artículo 13 establece: “Toda persona o autoridad, y especialmente aquellos que por su profesión o función, detecten una situación de riesgo o posible desamparo de un menor, lo comunicarán a la autoridad o sus agentes más próximos, sin perjuicio de prestarle el auxilio inmediato que precise”. La solidaridad inclusive se encuentra presente en el Título Preliminar de la Constitución española, art. 2 “La Constitución se

la solidaridad no puede ser impuesta como un deber<sup>848</sup>. Así lo asevera GÓMEZ TOMILLO, al manifestar que “el Estado por medio de la pena no puede imponer a sus ciudadanos ningún deber de solidaridad porque entonces no se actuará por este motivo, sino por sumisión a las normas”<sup>849</sup>.

GÓMEZ PAVÓN a la vista que, en tanto los artículos 195 como 196 CP se encuentran contemplados en el mismo título «De la omisión del deber de socorro», estima que cabría pensar que estemos ante tipos con igual objeto de protección. Dicha autora disintiendo de la solidaridad humana como bien jurídico fundamenta su postura en la delimitación de los sujetos activos o en la exigencia de la producción de un grave riesgo para la salud. Aspectos éstos que “hacen cuestionable que se esté protegiendo la solidaridad humana, como forma de protección de los bienes individuales que subyacen”<sup>850</sup>. Otra parte de la doctrina con la que estamos de acuerdo, considera como bien jurídico de este delito la vida y la salud de las personas<sup>851</sup>; sin embargo, no falta quien

---

fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas”.

<sup>848</sup> FARALDO CABANA, P., en BRANDARIZ GARCÍA, J. y FARALDO CABANA, P. (coord.): “La omisión del profesional sanitario: Los delitos de omisión del deber de socorro y denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios”, en *Responsabilidad penal del Personal Sanitaria*, Ed. netbiblo, Coruña. 2000, p. 127. La STS de 22 de octubre de 2015 (ROJ 4374/2015) (Pte. Palomo del Arco) explica que en todo caso “la solidaridad en cuanto valor ético-social, precisa ser concretada en su valor instrumental en la defensa de determinados bienes jurídicos individuales concretos, al menos en el caso de la vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual”. En cualquier caso, el auxilio vendría dado por el hecho de ver amenazada la integridad de una persona, una obligación originaria del deber de la ley general de libertad/responsabilidad, *vid.* JAKOBS, G.: La imputación penal de la acción y de la omisión, trad. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., Ed. Universidad Externado de Colombia-Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá. 1996, p. 33.

<sup>849</sup> GÓMEZ TOMILLO, M.: Responsabilidad penal de los profesionales sanitarios: Artículo 196 del Código penal, Ed. Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, D.L., Valladolid. 1999, p. 15. De igual forma, contraria a la solidaridad humana como bien jurídico HUERTA TOCILDO, S.: Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 1997, pp. 77 y s., considera que el art. 196 CP buscaría la protección de la vida y la integridad física de las personas.

<sup>850</sup> GÓMEZ PAVÓN, P.: Tratamientos médicos: Su responsabilidad penal y civil, 3.<sup>a</sup> edición, Ed. Bosch, Madrid. 2013, p. 335.

<sup>851</sup> Entre los que comparten esta posición *vid.* MORENO-TORRES HERRERA, M.<sup>a</sup> R.: El delito de desatención sanitaria, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2013, p. 32; GÓMEZ TOMILLO, M.: Responsabilidad penal de los profesionales sanitarios: Artículo 196 del Código penal, Ed. Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, D.L., Valladolid. 1999, p. 15; GÓMEZ PAVÓN, P.: Tratamientos médicos: Su responsabilidad penal y civil, 3.<sup>a</sup> edición, Ed. Bosch, Madrid. 2013, p. 334 y s., la misma en “La responsabilidad del médico por omisión”, en *PJ*, núm. 40, 1995, p. 287, advierte sobre la imposibilidad de extender

establezca la «salud pública» como bien tutelado. Deducción que se hace en atención a la palabra «personas» contenida en el art. 196 CP, con lo que se daría a entender un bien jurídico de carácter colectivo y no personal<sup>852</sup>. Desde otro punto de vista, ALMELA VICH, considera como bien tutelado en primer lugar el deber profesional y luego la salud de las personas<sup>853</sup>. Finalmente, RODRÍGUEZ MOURULLO, desataca como fundamento de esta figura delictiva “los deberes específicos que pesan sobre determinados profesionales sanitarios”<sup>854</sup>.

### 3. Sujeto activo y pasivo del delito de denegación de asistencia sanitaria

#### 3.1. Sujeto activo

La determinación de quién puede ser sujeto activo en este delito reviste connotada importancia. Para este cometido, nos centraremos en el análisis de las terminologías que emplea el art. 196 CP. Nos referimos a «profesional» y «estando obligado a ello», a partir de las cuales se haga menos compleja la determinación de las personas que pueden constituirse en sujetos activos de este delito, pues de la literalidad del adjetivo «profesional» cabría la posibilidad de interpretar que se hace alusión a cualquier profesional.

##### 3.1.1. Referencia al término profesional

---

la protección de esta figura a otros bienes jurídicos, pues se acabaría vaciando de contenido otros preceptos penales; FARALDO CABANA, P., en BRANDARIZ GARCÍA, J. y FARALDO CABANA, P. (coord.): “La omisión del profesional sanitario: Los delitos de omisión del deber de socorro y denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios”, en *Responsabilidad penal del Personal Sanitario*, Ed. netbiblo, Coruña. 2000, p. 126.

<sup>852</sup> QUERALT JIMÉMEZ, J.: Derecho penal español. *PE*, 3.<sup>a</sup> edición, Ed. Bosch, Barcelona. 1996, p. 176. Este autor establece que lo que se protege es la indemnidad de las personas como integrantes de la comunidad. En contra de esta apreciación y en favor de un bien jurídico individual, pese a que el art. 196 CP hace constar «personas», *vid.* “Responsabilidad penal por denegación de asistencia sanitaria a extranjeros”, en *Anales de la Facultad de Derecho*, núm. 18, 1, 2001, p. 353.

<sup>853</sup> ALMELA VICH, C.: “La responsabilidad penal del médico y del cirujano”, en *Revista del PJ*, núm. 48, 1997, p. 252.

<sup>854</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: “De la omisión del deber de socorro”, en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (dir.) y JORGE BARREIRO, A. (coord.), *Comentarios al Código penal*, Ed. Civitas, Madrid. 1997, p. 560.

Dando una lectura del art. 196 CP, se podrá constatar que se emplea el término «profesional» sin añadir ningún adjetivo al respecto haciendo referencia únicamente a que dicho profesional estaría obligado a prestar asistencia o a estar adscrito a un servicio sanitario<sup>855</sup>. Pese a ello, en el ámbito jurisprudencial sí que se aporta algunas referencias en relación a este adjetivo, atribuyéndole un grado mayor de antijuridicidad<sup>856</sup>.

En la doctrina, MOLINA FERNÁNDEZ, otorga esta consideración a la legislación administrativa<sup>857</sup>, habiendo quien hace depender la categoría de profesional y consecuentemente de sujeto activo a la remuneración crematística<sup>858</sup>. Tal es el caso de los voluntarios en determinados servicios como la Cruz Roja, los objetores de conciencia que realizan la prestación social sustitutoria<sup>859</sup>, colaboradores de ONGs, entre otros. Sin embargo, posiciones en contrario sostienen que la remuneración no influye en mayor medida por no constituir un requisito esencial para determinar la calidad de profesional, por

---

<sup>855</sup> Haciendo tal inferencia respecto al profesional sanitario, *vid.* COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.: “La omisión del deber de socorro”, en *Derecho Penal. PE II*, Ed. Servicio publicaciones facultad de derecho, Madrid. 1997, p. 23. En la jurisprudencia, la STS 29 de noviembre de 2001 (ROJ 9375/2001) (Pte. Aparicio Calvo-Rubio) define al profesional como aquel que ha de “tener saberes y posibilidades específicas de actuación preventiva de un daño [...] saberes específicos para los que ha recibido una especial preparación y titulación”. En la normativa administrativa, el punto segundo de la Ley Orgánica 44/2003 de 21 de noviembre, sobre Profesiones Sanitarias, en su inicio hace constar que “El concepto de profesión es un concepto elusivo que ha sido desarrollado desde la sociología en función de una serie de atributos como formación superior, autonomía y capacidad auto-organizativa, código deontológico y espíritu de servicio, que se dan en mayor o menor medida en los diferentes grupos ocupacionales que se reconocen como profesiones”.

<sup>856</sup> La STS de 29 de noviembre de 2001 (ROJ 9375/2001) (Pte. Aparicio Calvo-Rubio) explica “un profesional que ha de tener saberes y posibilidades específicas de actuación preventiva de un daño, las reglas socialmente definidas alcanzan un más alto grado de exigencia pues no son ya las comunes que se imponen a cualquier persona, sino que incluyen las del conocimiento y aplicación de los saberes específicos para los que ha recibido una especial preparación y titulación. La inobservancia de esas reglas determina un plus de antijuridicidad”.

<sup>857</sup> MOLINA FERNÁNDEZ, F.: “Omisión del deber de socorro y omisión de asistencia sanitaria”, en BAJO FERNÁNDEZ, M. (dir.) *Compendio de Derecho penal. PE*, t. II, Madrid. 1998, p. 178.

<sup>858</sup> Defendiendo este criterio, GÓMEZ TOMILLO, M.: Responsabilidad penal de los profesionales sanitarios: Artículo 196 del Código penal, Ed. Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, D.L., Valladolid. 1999, p. 29, no obstante, destaca que no se hace necesario “que concurra la nota de la regularidad en la percepción económica, pues nadie excluiría del carácter de profesional a quien es contratado por primera vez y por un corto período de tiempo, obteniendo una única contraprestación económica”.

<sup>859</sup> FARALDO CABANA, P., en BRANDARIZ GARCÍA, J. y FARALDO CABANA, P. (coord.): “La omisión del profesional sanitario: Los delitos de omisión del deber de socorro y denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios”, en *Responsabilidad penal del Personal Sanitaria*, Ed. netbiblo, Coruña. 2000, p. 147.

ejemplo, Médicos del Mundo, quienes se integran para ejercer su profesión de forma voluntaria<sup>860</sup>.

Así las cosas, de la literalidad del término «profesional»<sup>861</sup> es posible llegar a entender que la voluntad del legislador fue la de aludir a cualquier profesional sanitario e incluso al que no tenga esta condición, pero que sin embargo con la denegación de asistencia o abandono del servicio sanitario origine un riesgo para la salud de las personas. Pese a ello, el hecho de que el objeto de incriminación sea la denegación de asistencia sanitaria, parece acotar el círculo de sujetos activos en favor de los profesionales sanitarios *stricto sensu*, cuya labor profesional es propiamente curativa<sup>862</sup> al ocupar una “posición de responsabilidad cualificada, que se fundamenta en la previa asunción voluntaria del ejercicio de una genérica función pública de amparo”<sup>863</sup>; dicho lo cual, se establecería una marcada clasificación: los profesionales vinculados estrechamente con el paciente, y los que pese a tener esa calidad no podrían ser considerados como sujeto activo del delito en estudio. No obstante, para GÓMEZ TOMILLO, resulta inexacta esta apreciación, pues considerar sujeto activo al que únicamente tiene una vinculación estricta con la labor curativa, obedecería más a criterios morales o éticos que propiamente jurídicos<sup>864</sup>, máxime que si el Código penal quisiera restringir el sujeto activo a

---

<sup>860</sup> GARCÍA SANZ, J.: “Responsabilidad penal por denegación de asistencia sanitaria”, en *Actualidad Penal*, núm. 30, 23 al 29 de julio de 2001, nota 54, p. 14. Esta autora distingue dos tipos de casos: quienes son voluntarios y desarrollan tareas que corresponden a su profesión, y aquellos voluntarios que ejercen tareas pero que no son profesionales de la sanidad, quienes responderán a título de omisión del deber de socorro genérico pero no por el art. 196 CP.

<sup>861</sup> La Real academia Española. (2014) Diccionario de la lengua española, (23.<sup>a</sup> edición), Ed. Espasa, Barcelona. 2014, define la palabra profesional como aquel «que ejerce una profesión», que, a su vez, define como «empleo, facultad u oficio que alguien ejerce y por el que percibe una retribución».

<sup>862</sup> MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.: “La omisión de socorro del profesional sanitario”, en *Actualidad Penal*, núm. 41, septiembre, 1997, pp. 923 y s.

<sup>863</sup> No obstante, GARCÍA ALBERO, R.: “Artículo 196”, en QUINTERO OLIVAREZ, G. (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Código Penal*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2016, p. 426, considera insuficiente dicho compromiso en aras de fundamentar una posición de garante.

<sup>864</sup> GÓMEZ TOMILLO, M.: Responsabilidad penal de los profesionales sanitarios: Artículo 196 del Código penal, Ed. Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, D.L., Valladolid. 1999, p. 32.

los profesionales sanitarios, lo haría expresamente como lo hace con el inciso segundo del art. 222 CP, acotando el término «facultativo»<sup>865</sup>.

En este estado y a falta de concreción de quién se considera profesional a efectos del art. 196 CP, un sector de la doctrina hace referencia como sujeto activo a todos los profesionales que desarrollan su actividad dentro del ámbito sanitario, puesto que no se entiende el por qué los primeros auxilios, un masaje cardiaco, la respiración boca a boca, entre otros procedimientos, no puedan ser considerados como asistencia sanitaria e incluso el traslado del enfermo al centro hospitalario; procedimientos que podrían influir directamente en la restitución de la salud<sup>866</sup>. Sobre esta línea argumentativa QUERALT JIMÉNEZ, con independencia de los facultativos (médicos) entiende que puede ser sujeto activo quien sin ser profesional se desempeñe como auxiliar de aquellos<sup>867</sup>, en labores diagnósticas (biólogos, bioquímicos, físicos, etc.) o como dispensadores de sus tratamientos: farmacéuticos<sup>868</sup>, protésicos de cualquier clase, así como diplomados en enfermería, operadores de ciertas maquinarias, auxiliares de enfermería, conductores de ambulancia<sup>869</sup>, celadores, excluyendo

---

<sup>865</sup> Al respecto, el segundo inciso del art. 222 CP, prescribe “A los efectos de este artículo, el término facultativo comprende los médicos, matronas, personal de enfermería y cualquier otra persona que realice una actividad sanitaria o socio-sanitaria”.

<sup>866</sup> GÓMEZ TOMILLO, M.: Responsabilidad penal de los profesionales sanitarios: Artículo 196 del Código penal, Ed. Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, D.L., Valladolid. 1999, p. 33.

<sup>867</sup> Diplomados en enfermería, ATS, practicantes, matronas, fisioterapeutas, técnicos especialistas, auxiliares de enfermería y los terapeutas ocupacionales, *vid.* FARALDO CABANA, P., en BRANDARIZ GARCÍA, J. y FARALDO CABANA, P. (coord.): “La omisión del profesional sanitario: Los delitos de omisión del deber de socorro y denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios”, en *Responsabilidad penal del Personal Sanitaria*, Ed. netbiblo, Coruña. 2000, p. 146.

<sup>868</sup> La STS de 30 de marzo de 1981 (ROJ 4228/1981) (Pte. Hijas Palacios) conoce de un supuesto en el que se condena a la farmacéutica por negarse a expedir el medicamento prescrito por el médico por una falta contra las personas (art. 586.2 del CP de 1944/1973) ratificando la absolución hecha por el juzgador *a quo*, por el delito de omisión del deber de socorro del que venía siendo procesada.

<sup>869</sup> *Vid.* STS de 28 de noviembre de 1994 (ROJ 22629/1994) (Pte. Martínez-Pereda Rodríguez). Al respecto, GARCÍA SANZ, J.: “Responsabilidad penal por denegación de asistencia sanitaria”, en *Actualidad Penal*, núm. 30, 23 al 29 de julio de 2001, n. 41, p. 11, con referencias jurisprudenciales aclara que pese a la negativa de algunos autores en considerar como sujeto activo de este delito a los conductores de ambulancias, aclara que ya antes de la entrada en vigor del Código penal de 1995, ya se condenaba por omisión del deber de socorro. De hecho, asegura la autora, se sigue condenando ya sea por omisión del deber de socorro o denegación de asistencia sanitaria.

al personal administrativo de los servicios de salud y al de limpieza<sup>870</sup>, pues conforme GÓMEZ TOMILLO “en un momento dado podrían intervenir decisivamente para frenar determinados procesos de deterioro de la salud”<sup>871</sup>. Así las cosas, ante la falta de claridad respecto al término «profesional» en relación al sujeto activo de este delito es preciso indagar, si la intención del legislador fue la de englobar únicamente aquellos profesionales que se hallen directamente vinculados con el enfermo o necesitado de asistencia sanitaria, o por el contrario sea posible considerar como sujeto activo, aquellas personas que sin ser facultativos(médicos) debido a su estrecha relación con el sistema sanitario puedan cometer alguna conducta subsumible en el art. 196 CP. Inclusive, queriendo ir más lejos, aquellas personas que debido a la profesión que desempeñan en determinado momento pudieren tener alguna incidencia en el proceso de salvamento de una persona. Por ejemplo, los agentes del orden público quienes podrían ser los primeros en proporcionar las prácticas de primeros auxilios, consiguiendo en determinadas circunstancias que su

---

<sup>870</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J.: Derecho penal español. PE, 3ª edición, Ed. Bosch, Barcelona. 1996, p. 176. No obstante, FARALDO CABANA, P., en BRANDARIZ GARCÍA, J. y FARALDO CABANA, P. (coord.): “La omisión del profesional sanitario: Los delitos de omisión del deber de socorro y denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios”, en *Responsabilidad penal del Personal Sanitaria*, Ed. netbiblo, Coruña. 2000, p. 127, descarta como sujeto activo de este delito, a quienes si bien cumplen labores auxiliares, no llegan a considerarse sanitarias en estricto sentido, v.gr. quienes transportan a los enfermos, pudiendo en todo caso, considerar su inasistencia como omisión del deber de socorro (art.195CP). Sobre esta problemática LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. y PÉREZ DEL VALLE, C., en CONDEPUMPIDO FERREIRO, C. (dir.), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, t. II, Ed. Trivium, Madrid. 1997, 2307 y s., sostiene la posibilidad de considerar como sujeto activo de denegación de asistencia sanitaria del art. 196 CP a los auxiliares (enfermeros, ATS, y demás personal asistencial) por tratarse de un delito de resultado de peligro concreto; que si bien exige la contención de la producción del riesgo, no así un resultado de lesión. En cuyo caso, la responsabilidad por este resultado alcanzaría al médico por poseer una posición de garantía ante la salud del paciente. Luego, excepcionalmente, el resultado de lesión se atribuiría al enfermero, por ejemplo, si realizara una tarea específica no necesitada de supervisión. En este sentido, SOTO NIETO, F.: “¿La omisión del deber de socorro sanitario puede asegurarse?”, en *IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario*, 1997, p. 14. En desacuerdo, MOLINA FERNÁNDEZ, F.: “Omisión del deber de socorro y omisión de asistencia sanitaria”, en BAJO FERNÁNDEZ, M. (dir.) *Compendio de Derecho penal. PE*, t. II, Madrid. 1998, p.178.

<sup>871</sup> GÓMEZ TOMILLO, M.: Responsabilidad penal de los profesionales sanitarios: Artículo 196 del Código penal, Ed. Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, D.L., Valladolid. 1999, p. 86. Oponiéndose a considerar como sujeto activo a quienes estén lejos de desempeñar funciones estrictamente vinculadas con el ámbito sanitario, v.gr. auxiliares de clínica, camilleros, etc., vid. MOLINA FERNÁNDEZ, F.: “Omisión del deber de socorro y omisión de asistencia sanitaria”, en BAJO FERNÁNDEZ, M. (dir.) *Compendio de Derecho penal. PE*, t. II, Madrid. 1998, p. 178.

intervención resulte definitiva para preservar la salud de la víctima o evitar que el riesgo se incremente<sup>872</sup>.

Así las cosas, pensamos que la norma penal en estudio estaría direccionada únicamente a profesionales que tengan una estrecha y directa relación con el proceso de sanación del paciente en el entorno estricto del sistema sanitario, ya que considerar como sujeto activo del art. 196 CP a personas ajenas al ámbito de la salud, por ejemplo, los citados agentes del orden público, significaría extender de forma exagerada el radio punitivo de la norma penal en cuestión<sup>873</sup>. No obstante, ello no quiere decir que se deba desconocer que en determinadas ocasiones, estos profesionales que a manera de contención hasta la llegada de asistencia especializada (incluso sean quienes trasladen a la víctima hasta un centro de salud)<sup>874</sup>, sean los que actúen directamente ante el foco de riesgo, pero que sin embargo, su conducta omisiva, de ser el caso, se muestre como inviable de incriminación por el art. 196 CP, dejando eso sí, a salvo el poder hacerlo a través del art. 195, ya que según lo especifica PORTILLA CONTRERAS, “el sujeto activo no puede ser cualquiera sino sólo el «profesional sanitario en el ejercicio de su cargo»<sup>875</sup>.

<sup>872</sup> Vid. CARBONELL MATEU, J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.: “Omisión del deber de socorro”, en VIVES ANTÓN, T. (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, t. I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 1996, p. 988. En igual sentido CARBONELL MATEU, J.: “Omisión del deber de socorro”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 5.ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2016, pp. 270 y s. Para efectos ilustrativos respecto de la incursión de profesionales ajenos a la labor sanitaria en sentido estricto pero que con sus conductas inciden de alguna manera en el resultado de lesión, la STS de 13 de noviembre de 1992 (ROJ 8416/1992) (Pte. García Miguel), condena a un electricista de profesión por una falta de imprudencia simple por la errónea instalación de los racores en las bombas supletorias de oxígeno y protóxido de nitrógeno utilizado en el quirófano, produciendo el erróneo suministro de oxígeno a una paciente sometida a una cesárea ocasionándole graves lesiones.

<sup>873</sup> En este sentido *vid.* CARBONELL MATEU, J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.: “De la omisión del deber de socorro” en VIVES ANTÓN, Tomás (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, t. I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 1996, p. 988.

<sup>874</sup> Un supuesto en que son los propios agentes de policía quienes frente a la negativa del conductor de una ambulancia que debía transportar a una persona que presentó una grave insuficiencia cardio respiratoria, son aquellos los que transporta al enfermo al Hospital Clínico, *vid.* STS de 28 de noviembre de 1994 (ROJ 22629/1994) (Pte. Martínez-Pereda Rodríguez). La STS de 22 de octubre de 2015 (ROJ 4374/2015) (Pte. Palomo del Arco), conoce otro caso en donde son los propios agentes del cuerpo de la Guardia Civil, quienes ante la negativa de un médico de urgencias a salir en ayuda de una persona que se encontraba inconsciente a escasos metros del servicio que regentaba, emprenden la búsqueda de auxilio médico en aras de salvar la vida del convaleciente.

<sup>875</sup> PORTILLA CONTRERAS, G.: “La omisión del deber de socorro”, en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. (coord.), *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios*

## 3.1.2. Alcance de la fórmula estando obligado a ello

Conforme lo señalado en líneas precedentes, al parecer es viable sostener que sujeto activo de la denegación de asistencia sanitaria será quien se halle estrechamente ligado o relacionado con esta labor sin que haga falta que sea facultativo (v.gr. médico). De esta manera, se excluye como se ha dicho, a quien si bien de alguna manera tendría relativa vinculación con lo que podría constituirse la cadena de asistencia-sanitaria (v.gr. los agentes del orden público) no obstante esta posibilidad sería inviable por encontrarse lejos de la esencia que el legislador ha querido plasmar en el tipo penal del art. 196 CP. Ahora bien, el hecho de estar vinculado con la actividad sanitaria no es suficiente para imputar el resultado lesivo conforme el mencionado precepto, ya que no se trata de sancionar cualquier omisión siendo preciso que el profesional se encuentre en la obligación de prestar su asistencia<sup>876</sup>

---

*penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2001, p. 1690. En este sentido RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: “De la omisión del deber de socorro”, en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (dir.) y JORGE BARREIRO, A. (coord.), *Comentarios al Código penal*, Ed. Civitas, Madrid. 1997, p. 560; FARALDO CABANA, P., en BRANDARIZ GARCÍA, J. y FARALDO CABANA, P. (coord.): “La omisión del profesional sanitario: Los delitos de omisión del deber de socorro y denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios”, en *Responsabilidad penal del Personal Sanitaria*, Ed. netbiblo, Coruña. 2000, p. 146; CARBONELL MATEU, J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.: “Omisión del deber de socorro”, en VIVES ANTÓN, T. (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, t. I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 1996, p. 988. Haciendo un análisis de quienes pueden constituirse como responsables entre un resultado de lesión y de peligro concreto en base a una posición de garante, avalando la responsabilidad excepcional de personas que forman parte del circula de la labor sanitaria, v.gr. el enfermero, vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. y PÉREZ DEL VALLE, C., en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (dir.), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, t. II, Ed. Trivium, Madrid. 1997, p. 2307 y s.

<sup>876</sup> En este sentido, vid. SOTO NIETO, F.: “¿La omisión del deber de socorro sanitario puede asegurarse?”, en *IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario*, 1997, p.12. La introducción de la fórmula legislativa “estando obligado a ello” durante la tramitación parlamentaria del PCP pretendía garantizar expresamente que el art. 196 no entrara en colisión con el ejercicio del derecho a huelga del profesional sanitario. Se buscaba evitar que una interpretación literal del precepto pudiera limitar un derecho constitucionalmente reconocido, en referencia al derecho a la huelga, al respecto vid. MORENO-TORRES HERRERA M.: El delito de desatención sanitaria, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2013, p. 62. Hay que señalar que en un inicio el texto inicial conforme el Proyecto del Código Penal (1994) hacía referencia sólo al que denegare asistencia en aras de evitar una colisión con el derecho a huelga. No obstante, luego de una enmienda se incluyó el «estando obligado a ello», vid. LÓPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARÁN, M.: El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador, Ed. Closas Orcoyen, Madrid. 1996, p.114. En desacuerdo con la supuesta colisión que se hubiese producido de no incluir la enmienda por la que se agregó la condición de obligatoriedad en el tipo penal del art. 196, vid. MORENO-TORRES HERRERA, M.: El delito de desatención sanitaria, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2013, p. 62. SOTO NIETO, F.: “¿La omisión del deber de socorro sanitario puede asegurarse?”, en *IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario*, 1997, p. 12.

restringiendo de esta forma el sujeto activo del este delito, aspecto que vendrá dado por un fundamento jurídico legal o contractual<sup>877</sup>. Así las cosas, lo que hay que escudriñar es ¿quién está obligado? y ¿a qué se está obligado? Tratando de aportar una solución, RODRÍGUEZ MOURULLO explica, que será sujeto activo aquel profesional sanitario que tenga una «obligación jurídica» surgida de la regulación administrativa sanitaria; pues de no ser así, señala este autor, se estaría confundiendo un mandato de corte jurídico con una obligación ética o deontológica<sup>878</sup>. En este sentido GÓMEZ PAVÓN, entiende que no se trata de cualquier omisión del personal sanitario ya que se analizará en cada caso si dicha exigencia tiene asidero legal conforme las circunstancias<sup>879</sup>. HUERTA TOCILDO, hace referencia a «estar obligado» en el sentido de restringir la autoría a aquellos profesionales sanitarios que en el momento de ser requeridos para prestar sus servicios efectivamente se encuentren en el mismo<sup>880</sup>. Para esto la doctrina acude a la constatación de las normas administrativas de carácter extrapenal<sup>881</sup>, lo que haría del art. 196 CP

---

Condensa esta obligación en dos motivos: liberar al profesional sanitario de un permanente deber de garantía y evitar la restricción del derecho de huelga.

<sup>877</sup> Inclusive cuando se origina una actuación previa. No obstante, BACIGALUPO ZAPATER, E.: Principios del Derecho penal. *PG*, 5ª edición, Ed. Akal/lure, Madrid, 1998, p. 397 y ss., a manera de crítica, resta valor a las fuentes formales del deber (ley, contrato y peligro de resultando consecuencia de un hecho anterior del omitente) haciendo referencia en su lugar a la «teoría funcional de las posiciones de garante» en referencia al surgimiento de la posición de garante por parte del sujeto activo en los delitos de omisión impropia. LUZÓN PEÑA, D.: «Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin casualidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la ceración o aumento de peligro o riesgo) y autoría o participación», en *RFICP*, núm. 6, julio, 2017, p. 186, agrega como posibles fuentes para erigirse como garante a los «deberes cuasicontractuales y compromisos».

<sup>878</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: «De la omisión del deber de socorro», en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (dir.) y JORGE BARREIRO, A. (coord.), *Comentarios al Código penal*, Ed. Civitas, Madrid. 1997, p. 560.

<sup>879</sup> GÓMEZ PAVÓN, P.: *Tratamientos médicos: Su responsabilidad penal y civil*, 3.ª edición, Ed. Bosch, Madrid. 2013, p. 338.

<sup>880</sup> HUERTA TOCILDO, S.: *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 1997, pp. 79 y s.

<sup>881</sup> En este sentido *vid.* CARBONELL MATEU, J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.: «Omisión del deber de socorro», en VIVES ANTÓN, T. (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, t. I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 1996, p. 988. En la jurisprudencia así lo establece la STS de 29 de noviembre de 2001 (ROJ 9375/2001) (Pte. Aparicio Calvo-Rubio) «y el segundo que el sujeto activo se aun profesional, obligado por normas extrapenales». Respecto a las normas administrativas, el punto segundo de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 44/2003 de 21 de noviembre, sobre Profesiones Sanitarias, señala «nuestra organización política sólo se reconoce como profesión existente aquella que está normada desde el Estado, los criterios a utilizar para determinar cuáles son las profesiones sanitarias, se deben basar en la normativa preexistente. Esta normativa corresponde a dos ámbitos: el educativo y el que regula las

una norma penal en blanco<sup>882</sup>. Sea como fuere, se reconoce la utilidad de esta fórmula (estando obligado a ello) para impedir o justificar un permanente deber específico de asistencia en los profesionales de la sanidad por el hecho de serlo<sup>883</sup>, pues tal como lo esgrime SOTO NIETO “no es de recibo la afirmación de que un médico, donde quiera que esté y cualquiera que sea su situación, se halla siempre obligado, en permanente actitud o condición de guardia», a toda solicitud atencional”<sup>884</sup>. Así las cosas, se hace necesario conforme insistimos *supra*, que la obligación nazca de algún elemento que vincule al profesional sanitario a prestar su asistencia fuera del ámbito deontológico<sup>885</sup>. Esto lo corrobora GARCÍA SANZ, al explicar que “frente a las posturas extensivas que estiman que el médico tiene en todo caso un deber que deriva del Código deontológico y que sólo hallaría límites en la idea de exigibilidad”<sup>886</sup>.

Otra de las cuestiones y que ha sido materia de discusión en la doctrina, es si al hacer referencia al «profesional» se debe incluir a los profesionales que ejercen en el ámbito privado; es decir, no dependientes de instituciones públicas. Algunos autores consideran que el ámbito de aplicación del art. 196

---

corporaciones colegiales. Por ello, en esta ley se reconocen como profesiones sanitarias aquellas que la normativa universitaria reconoce como titulaciones del ámbito de la salud, y que en la actualidad gozan de una organización colegial reconocida por los poderes públicos”. En este sentido, la determinación de las profesiones sanitarias estarían supeditadas a la normativa preexistente, esto es, relacionado al ámbito educativo y las reguladas por las corporaciones colegiales).

<sup>882</sup> A manera de referencia y en aras de constatar cómo las normas extrapenales completan el tipo penal determinando la conducta perseguible, *vid.* OLLÉ SESÉ, M.: “Consumación, desistimiento y regulación en el delito de defraudación a la Seguridad Social”, en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 144, 2020 (Ejemplar dedicado a: Delitos en tiempos de emergencia sanitaria), pp. 2 y s.

<sup>883</sup> En este sentido haciendo referencia a SCHMIDT, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, J.: “La responsabilidad penal del médico por omisión”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 1987, p. 956. En la jurisprudencia, *vid.* STS de 2 de octubre de 1989 (ROJ 5000/1989) (Pte. Moner Muñoz).

<sup>884</sup> SOTO NIETO, F.: “¿La omisión del deber de socorro sanitario puede asegurarse?”, en *IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario*, 1997, p.12

<sup>885</sup> Haciendo hincapié en el Juramento hipocrático para fundamentar la obligación del médico como deber social para con sus semejantes, *vid.* VÁZQUEZ LÓPEZ, J.: “El delito de omisión del deber de socorro cometido por un profesional sanitario. Análisis de una reciente sentencia (T.S. 22/10/2015, Sala Segunda). (El caso del médico de urgencias que llamó al 112), en *Cuadernos de Medicina Forense*, vol. 21, núm. 3-4, 2015, pp. 186 y 189.

<sup>886</sup> GARCÍA SANZ, J.: “Responsabilidad penal por denegación de asistencia sanitaria”, en *Actualidad Penal*, núm. 30, 23 al 29 de julio de 2001, p. 4.

CP, alcanza de igual forma a estos profesionales de la salud<sup>887</sup>, siempre que se hallen obligados de manera legal o contractual<sup>888</sup>. En contra de este posicionamiento, RODRÍGUEZ MOURULLO entiende que los profesionales que ejercen de forma privada quedan excluidos de ser imputados por el art. 196 CP, estándoles permitido “en todo momento decidir también con libertad si asumen, o no, ocuparse de un paciente”<sup>889</sup>. En este sentido FERNÁNDEZ ALBOR, asevera que el médico en cuanto al ejercicio privado de su profesión no está más obligado que cualquier persona en común. De esta manera el autor en referencia al art. 196 CP<sup>[890]</sup> considera como sujeto activo únicamente al funcionario público, consecuentemente, si el médico privado se negase a

---

<sup>887</sup> En este sentido, *vid.* MOLINA FERNÁNDEZ, F.: “Omisión del deber de socorro y omisión de asistencia sanitaria”, en BAJO FERNÁNDEZ, M. (dir.) *Compendio de Derecho penal. PE*, t. II, Madrid. 1998, p. 178; PORTILLA CONTRERAS, G.: “La omisión del deber de socorro”, en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. (coord.), *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2001, p. 1691; CARBONELL MATEU, J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.: “Omisión del deber de socorro”, en VIVES ANTÓN, T. (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, t. I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 1996, p. 988; PORTILLA CONTRERAS, G.: “De la omisión del deber de socorro”, en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Curso de Derecho Penal Español. PE*, t.I., Ed. Marcial Pons, Madrid. 1996, p. 388.

<sup>888</sup> En este sentido, el párrafo segundo del art. 1 de Ley Orgánica 44/2003 de 21 de noviembre, sobre Profesiones Sanitarias, establece “Las disposiciones de esta ley son aplicables tanto si la profesión se ejerce en los servicios sanitarios públicos como en el ámbito de la sanidad privada”. En consecuencia, se entiende que los profesionales tanto del ámbito público como del privado son susceptibles de imputación conforme el art. 196 CP, restando verificar que de la omisión de estos profesionales se derive grave riesgo para la salud de las personas atendiendo a las circunstancias de cada caso. Para más referencia respecto de los profesionales que se desempeñan en el ámbito privado se puede acudir al Título IV (Del ejercicio privado de las profesiones sanitarias) arts. 40 y 46 de la Ley Orgánica 44/2003 de 21 de noviembre, sobre Profesiones Sanitarias. Al respecto CARBONELL MATEU, J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.: “De la omisión del deber de socorro”, en VIVES ANTÓN, T. (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, t. I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 1996, p. 988, explica “Se configura así como un término normativo [*estando obligado a ello*] que remite a una normativa extrapenal, pues solo en ellas se establecen las obligaciones profesionales”.

<sup>889</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: “De la omisión del deber de socorro”, en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (dir.) y JORGE BARREIRO, A. (coord.), *Comentarios al Código penal*, Ed. Civitas, Madrid. 1997, p. 560. Si se puede mirar libro de ESQUIVAS VALVERDE, P.: *El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios. El artículo 196 del Código Penal*. Ed. Comares, Granada. 2006 (está en MORENO nota 106)

<sup>890</sup> El autor originalmente cita el art. 371 del CP 1944/1973 sobre la denegación de auxilio, el mismo que prescribe: “El funcionario público que, requerido por Autoridad competente, no prestare la debida cooperación para la administración de justicia u otro servicio público, incurrirá en las penas de suspensión y multa de 5.000 a 25.000 pesetas. Si de su omisión resultare grave daño para la causa pública o para un tercero, las penas serán de inhabilitación especial y multa de 5.000 a 25.000 pesetas. En iguales penas incurrirá, respectivamente, el funcionario público que, requerido por un particular a prestar algún auxilio a que esté obligado por razón de su cargo para evitar un delito u otro mal, se abstuviese de prestarlo sin causa justificada”.

asistir a una persona estaría incurriendo en omisión del deber de socorro<sup>891</sup>, ya que “el médico, por el solo hecho de ser médico [...] no está obligado jurídicamente en mayor medida a la prestación de socorro que el particular”<sup>892</sup>; pues ocupa “la misma posición que cualquier otro ciudadano”<sup>893</sup>. De esta forma, y partiendo de todo lo dicho, revisemos algunos supuestos en aras de determinar si el profesional que practica su profesión de forma particular estaría obligado a prestar su asistencia en los términos del art. 196 CP<sup>894</sup>, a saber: a) El facultativo es requerido en su propio domicilio disfrutando de sus horas libres por un vecino o familiar que solicita su inmediata asistencia en un caso urgente. Conforme lo apuntado *supra*, creemos que en este supuesto las circunstancias del profesional que ejerce de forma privada se asimilaría al que perteneciendo al sector público no se encuentra trabajando en el momento en el que es requerido, siendo inviable articular su omisión conforme el art. 196 CP, quedando la posibilidad de encausar su conducta por omisión del deber de socorro genérico del art. 195 CP<sup>895</sup>; b) El paciente acude a la consulta privada del profesional con una demanda de asistencia que no puede calificarse de urgente. En este supuesto, la denegación de asistencia médica del facultativo sin que pueda incurrir en el delito en cuestión, dependerá de que se halle en la obligación de prestar su contingente, asunto que tendría como fundamento el aspecto contractual (contrato firmado). Así las cosas, si de dicha obligación

<sup>891</sup> El autor hace referencia al art. 489 bis. del CP de 1944/1973, equivalente al art. 195 del CP vigente (1995). En este sentido, *vid.* PORTILLA CONTRERAS, G.: “De la omisión del deber de socorro”, en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Curso de Derecho Penal Español. PE*, t. I, Ed. Marcial Pons, Madrid. 1996, p. 388.

<sup>892</sup> FERNÁNDEZ ALBOR, A.: “Asistencia médica y omisión del deber de socorro”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 7, p. 162.

<sup>893</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: “De la omisión del deber de socorro”, en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (dir.) y JORGE BARREIRO, A. (coord.), *Comentarios al Código penal*, Ed. Civitas, Madrid. 1997, p. 560. En este sentido CARBONELL MATEU, J.: “Omisión del deber de socorro”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 5.ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2016, p. 271.

<sup>894</sup> Sosteniendo que el profesional que ejerce en el sector privado no podrá ser sujeto activo del delito del art. 196 CP por no ser funcionario público, *vid.* FARALDO CABANA, P., en BRANDARIZ GARCÍA, J. y FARALDO CABANA, P. (coord.): “La omisión del profesional sanitario: Los delitos de omisión del deber de socorro y denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios”, en *Responsabilidad penal del Personal Sanitaria*, Ed. netbiblo, Coruña. 2000, p. 153. En contra incluyendo a los profesionales que se desempeñan en el ámbito particular, *vid.* CARBONELL MATEU, J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.: “Omisión del deber de socorro”, en VIVES ANTÓN, T. (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, t. I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 1996, p. 988.

<sup>895</sup> En este sentido, *vid.* ARÁUZ ULLOA, M.: “El delito de omisión de socorro en el ámbito sanitario”, en *Revista de Derecho*, núm. 4, 2003, p. 229.

(contrato)deviene su compromiso de prestar asistencia sanitaria, la conducta con la que deniega asistencia se subsumirá en el art. 196 CP, siempre que dicha omisión acarree conforme el texto legal un «riesgo grave para la salud»; circunstancia ésta que se puede plasmar de manera no inmediata en el tiempo, por ejemplo, pedir cita médica por una dolencia que aparentemente no reviste de urgencia, pero que por la tardanza de la misma concurre un retraso en el diagnóstico en perjuicio de la salud del paciente; c) El médico presta sus servicios en un Hospital privado pese a estar de turno se niega a atender a un paciente grave cuya asistencia es urgente por no pertenecer a ninguna de las compañías sanitarias con las que trabaja dicha casa de salud. En este supuesto, habrá que verificar la obligación del profesional de acuerdo con los términos y condiciones en los que deba prestar su servicio conforme al contrato que haya celebrado con la empresa privada, sin perjuicio de que el hospital privado reclame lo que le corresponda (económica) a la aseguradora del paciente.

A este respecto, FERNÁNDEZ ALBOR, alude a la STS de 20 de abril de 1964, donde se resalta la negativa de un médico traumatólogo para admitir en una clínica privada a un accidentado en razón a los constantes disgustos y contratiempos con el seguro al que está afiliado el lesionado<sup>896</sup>. El alto Tribunal llega a considerar la conducta del médico como no constitutiva de omisión del deber de socorro (art. 489 bis., CP 1944/1973) ni mucho menos la del art. 731 CP 1944/1973 (al no ser funcionario público y por tratarse de una entidad privada), degradando el proceder del traumatólogo a una falta. Así las cosas, partiendo del caso anterior podríamos argumentar en nuestro supuesto, que el facultativo ejerciente en el ámbito particular no podría ser acusado por el delito del art. 196 CP, ya que conforme sostiene dicho autor “el médico en cuanto particular o en el ejercicio privado de su profesión no está más obligado que otra persona [...] que por un delito de [...] omisión del deber de socorro”<sup>897</sup>; d) El profesional deniega la asistencia a un paciente respecto del cual había

---

<sup>896</sup> FERNÁNDEZ ALBOR, A.: “Asistencia médica y omisión del deber de socorro”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 7, pp. 164 y s.

<sup>897</sup> *Ibíd.*, p. 167.

asumido previamente el tratamiento<sup>898</sup>. En relación a este supuesto tratándose de un profesional ejerciente en el ámbito privado, la respuesta penal por la denegación de asistencia se fundamentará en la asunción hecha al haber asumido previamente el tratamiento del paciente originándose una posición de garante<sup>899</sup>; lo que permita atribuir responsabilidad penal en el supuesto de lesión en comisión por omisión, o en su defecto tentativa de lesiones u homicidio en comisión por omisión<sup>900</sup>. En cuyo caso, la aplicación del art. 196 CP, quedaría descartada.

Tal como se puede apreciar la fórmula «estando obligado a ello» parece ser un límite para que el profesional sanitario del sector privado incurra en el tipo del art. 196 CP, lo que dependerá de haber asumido el tratamiento de forma voluntaria o que mediante un contrato se halle obligado a prestar sus servicios; en cuyo caso, el camino será expedito para poder encausar la denegación de asistencia por la norma penal antes invocada. No obstante, el no tener (*a priori*) la obligación de asistencia por el hecho de desempeñarse en el ámbito privado, no es impedimento para que dicha omisión se la pueda subsumir como negación del deber de auxilio genérico del art. 195 CP; ya que más allá de cualquier posición en favor de normas éticas y deontológicas conforme el criterio mayoritario, éstas no son suficientes para configurar una posición de garante que haga surgir una vinculación jurídica del sujeto<sup>901</sup>.

Otra de las cuestiones que se plantea en la doctrina y quizá sea producto de confusión por parte de la jurisprudencia radica el tomar en consideración la valoración de conocimientos especiales para acreditar la

---

<sup>898</sup> Vid. MORENO-TORRES HERRERA, M.: El delito de desatención sanitaria, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2013, pp. 63 y s. También SILVA SÁNCHEZ, J.: “La responsabilidad penal del médico por omisión”, en *La Ley*, núm. 1, 1987, pp. 956 y ss.

<sup>899</sup> GÓMEZ TOMILLO, M.: Responsabilidad penal de los profesionales sanitarios: Artículo 196 del Código penal, Ed. Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, D.L., Valladolid. 1999, p. 23; SILVA SÁNCHEZ J.: “Artículo 11”, en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, Madrid, 1999, p. 476.

<sup>900</sup> Delimitado la comisión por omisión y su relación con el art. 196 CP, vid. FARALDO CABANA, P.: “El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios”, en *Revista del PJ*, núm. 55, 1999, pp. 52 y s.

<sup>901</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.: “La responsabilidad penal del médico por omisión”, en *La Ley*, núm. 1, 1987, p. 956.

existencia de una mayor obligación de auxilio en el profesional sanitario respecto al resto de personas<sup>902</sup>. En otras palabras, qué pasaría si un médico conecedor de una técnica que muy pocos manejan por las circunstancias que sean de manera dolosa no la aplica a determinado paciente que posteriormente fallece; o si un médico se abstiene de remitir al paciente a otros facultativos en vista de sus limitadas posibilidades. En principio se partirá de que la acción a practicarse deberá ser la más eficaz posible<sup>903</sup>, siempre considerada como un acto idóneo conforme la *lex artis* en procura de conjurar o disminuir el peligro que gravita sobre el bien jurídico<sup>904</sup>; para lo cual, el médico aplicará todos los conocimientos y técnicas especiales (si los posee) tomando en consideración que el profesional sanitario tiene en su haber el poder actuar bajo cierto nivel de permisibilidad en referencia a la libertad de método referida en la primera parte de este trabajo<sup>905</sup>. En este sentido, coincidiendo con la idea de que el facultativo deberá utilizar todos los conocimientos extraordinarios que posee, SILVA SÁNCHEZ manifiesta que “habría que partir del principio del deber de aplicación de tales técnicas individuales especiales. Claro es que, normalmente, a las finalidades del servicio de guardia o del deber general de socorro se atenderá de modo correcto con las técnicas convencionales. Pero, de ser necesario aplicar la propia técnica más eficaz, habrá que hacerlo”<sup>906</sup>.

PORTILLA CONTRERAS, destaca que ha sido la jurisprudencia la que ha querido resaltar un deber especial de los médicos como un deber moral que emerge de los conocimientos que posee, pues conforme al CP de 1944/1973, si el médico se negaba a prestar asistencia y no era funcionario el tratamiento penal era la de un simple particular. Criterio jurisprudencial que dicho autor lo

---

<sup>902</sup> MORENO-TORRES HERRERA M.: El delito de desatención sanitaria, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2013, p. 67. También, SILVA SÁNCHEZ, J.: “La responsabilidad penal del médico por omisión”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 1987, pp. 955 y ss.

<sup>903</sup> GÓMEZ TOMILLO, Manuel: Responsabilidad penal de los profesionales sanitarios: Artículo 196 del Código penal, Ed. Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, D.L., Valladolid. 1999, p. 40.

<sup>904</sup> TORIO LÓPEZ, A.: “Límites políticos criminales del delito de comisión por omisión”, en *ADPCP*, t. 37, marzo, 1984, pp. 693-708.

<sup>905</sup> *Vid., supra*, cap. I, 3.3.2.

<sup>906</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.: “La responsabilidad penal del médico por omisión”, en *La Ley*, 1987, núm.1, p. 965.

califica de insostenible pues la falta de un tipo agravado en el Código antes en referencia (1944/1973) como ocurre con el actual art. 196 CP, imposibilitaba considerar al médico como un obligado especial debido a sus conocimientos, siendo pertinente recordar que al “tratarse de una omisión propia, lo que se sanciona en este delito es sólo la falta de asistencia. Cuestión distinta es la evaluación de los especiales conocimientos del médico respecto al resultado que sea consecuente con la omisión de auxilio, pues en esta hipótesis sí cabría plantearse un delito de homicidio o lesiones a través de comisión por omisión cometida por el médico”<sup>907</sup>.

Con este panorama, pensamos que los conocimientos no pueden fundamentar un deber superior o especial del profesional sanitario respecto a los demás ciudadanos, pues si el médico de camino a casa luego de haber terminado su jornada laboral imprudentemente atropella a una persona y se fuga del sitio, independientemente del delito de lesiones que se le pueda imputar, la omisión de socorro será de tal gravedad como cualquier otra persona que no posea la calidad de médico, siendo intrascendente que sus conocimientos médicos puedan agravar la situación conforme el art. 196 CP; es decir, que se parta de la profesión para fundamentar el origen de una obligación superior a la del ciudadano lego, posición que ha sido recogida por alguna jurisprudencia de antaño<sup>908</sup>. Si bien en principio se puede aseverar que

<sup>907</sup> PORTILLA CONTRERAS, G.: “La omisión del deber de socorro”, en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. (coord.), *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 1689 y s.

<sup>908</sup> Vid. STS de 27 de Diciembre de 1986 (ROJ 7411/1986) (Pte. Gil Sáez); en este sentido también la STS de 19 de diciembre de 1981 (ROJ 4751/1981) (Pte. Cotta Márquez de Prado) explica “están llamados por su profesión a procurar el remedio de las dolencias humanas y la curación y alivio de las aflicciones corporales”. De igual manera, la STS de 2 de octubre de 1989 (ROJ 5000/1989) (Pte. Moner Muñoz) hace hincapié en la labor médica explicando “específicamente de quiénes integran los Cuerpos de Sanidad Provincial o Municipal o de la Seguridad Social, que les confiere el carácter de funcionarios públicos, en cuya situación es de plena ortodoxia ética y legal que les alcance un plus de exigibilidad en el cumplimiento de sus deberes específicos, y consecuentemente un plus de responsabilidad en sus omisiones y abstenciones en la prestación de auxilio”; la STS de 26 de febrero de 1990 (ROJ 1742/1990) (Pte. Martín Pallín) en relación al médico establece que le corresponde “jurídica y socialmente, el deber de evitar el mal que objetivamente se deriva de la situación de emergencia”. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: “De la omisión del deber de socorro”, en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (dir.) y JORGE BARREIRO, A. (coord.), *Comentarios al Código penal*, Ed. Civitas, Madrid. 1997, p. 561, parece apoyarse en la calidad de profesional sanitario para fundamentar una posición de garante.

los conocimientos no inciden en la determinación del deber de asistencia, siendo que el problema radica en la obligación que emerge de la posición de garante en relación con el bien jurídico<sup>909</sup>, una vez afirmada la posición genérica del deber de socorro los conocimientos sí que podrán gravitar en la forma de actuación del profesional, pues aquellos (conocimientos especiales) dotan de contenido específico a la forma de intervención; es decir, a la acción y no al resultado.

### 3.2. Sujeto pasivo

La doctrina mayoritaria opta por considerar que el sujeto pasivo en este delito es la persona individual<sup>910</sup>, una persona en concreto, el enfermo como titular del bien jurídico, salud<sup>911</sup>, aquella a quien se le deniega la asistencia sanitaria. No obstante, con una posición contraria, QUERALT JIMÉNEZ partiendo de que el texto legal hace referencia a «personas» entienden que el sujeto activo de este delito es la comunidad como colectividad<sup>912</sup>. En consecuencia, la afectación a la lesión del feto por denegación de asistencia médica, si se parte de la premisa «persona», quedaría fuera de protección del art. 196 CP. Contraria a esta tesis, GÓMEZ PAVÓN asevera que el grave riesgo para la vida se halla ínsito en el mencionado artículo, considerando subsumible en el tipo penal la protección del feto; pues de otra forma rayaría en el absurdo y contradictorio que el legislador otorgue mayor protección a la salud y relegue el bien jurídico vida<sup>913</sup>, a menos que, como lo expresa MOLINA

<sup>909</sup> GÓMEZ PAVÓN, P.: *Tratamientos médicos: Su responsabilidad penal y civil*, 3.<sup>a</sup> edición, Ed. Bosch, Madrid. 2013, p. 336 explica que “la posición de garante viene dada por la obligación de prestar dicha asistencia, lo que hace que la acción debida entre en el ámbito de su competencia, ostentando el control de cuidado del bien jurídico”.

<sup>910</sup> En este sentido, *vid.* PORTILLA CONTRERAS, G.: “La omisión del deber de socorro”, en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. (coord.), *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2001, p. 1691; GÓMEZ PAVÓN, P.: *Tratamientos médicos: Su responsabilidad penal y civil*, 3.<sup>a</sup> edición, Ed. Bosch, Madrid. 2013, p. 343; también ARÁUZ ULLOA, M.: “El delito de omisión de socorro en el ámbito sanitario”, en *Revista de Derecho*, núm. 4, 2003, p. 230.

<sup>911</sup> GÓMEZ PAVÓN, P.: *Tratamientos médicos: Su responsabilidad penal y civil*, 3.<sup>a</sup> edición, Ed. Bosch, Madrid. 2013, p. 343

<sup>912</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J.: *Derecho penal español*. PE, 3.<sup>a</sup> edición, Ed. Bosch, Barcelona. 1996, p. 176 y s.

<sup>913</sup> GÓMEZ PAVÓN, P.: *Tratamientos médicos: Su responsabilidad penal y civil*, 3.<sup>a</sup> edición, Ed. Bosch, Madrid. 2013, p. 345.

FERNÁNDEZ, el riesgo sea trasladable a la propia madre o cuando la gravedad del hecho permita aplicar el delito de aborto o lesiones al feto en comisión por omisión<sup>914</sup>.

### 3.3. Conducta típica

Algunos autores advierten sobre lo ambiguo y poco preciso de cómo está redactado el art. 196 CP en relación a las precisas circunstancias que han de girar en torno a la persona necesitada de asistencia, llegando al punto de considerar innecesaria su introducción en el Código penal español. Al hilo de esta crítica, con un concepto más laxo, QUERALT JIMÉNEZ entiende que las modalidades «denegar y abandonar» contenidas en el art. 196 CP, se caracterizan por la generalidad en su descripción, bastando únicamente que el legislador hubiese incluido la primera de ellas<sup>915</sup>. Sea como fuere, las conductas típicas del citado artículo son la denegación y el abandono de los servicios sanitarios a manera de un tipo mixto alternativo<sup>916</sup>. Respecto a la denegación de asistencia, la doctrina debate si para establecer la denegación de asistencia debe haber un requerimiento o solicitud de ella, pues de no ser así, mal se podría hablar de denegar, por lo menos en principio eso se puede

<sup>914</sup> MOLINA FERNÁNDEZ, F.: “Omisión del deber de socorro y omisión de asistencia sanitaria”, en BAJO FERNÁNDEZ, M. (dir.) *Compendio de Derecho penal. PE*, t. II, Madrid. 1998, p. 68.

<sup>915</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J.: *Derecho penal español. PE*, 3ª edición, Ed. Bosch, Barcelona. 1996, p. 176 y s. No obstante, FARALDO CABANA, P. en BRANDARIZ GARCÍA, J. y FARALDO CABANA, P. (coord.): “La omisión del profesional sanitario: Los delitos de omisión del deber de socorro y denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios”, en *Responsabilidad penal del Personal Sanitaria*, Ed. netbiblo, Coruña. 2000, p. 148. Esta autora hace referencia a la importancia de diferenciar las dos modalidades al entender que tiene connotación distinta, “la denegación supone que el profesional sanitario no asume, debiendo hacerlo, la prestación de asistencia sanitaria, mientras que el abandono se produce cuando el profesional desatiende el servicio sanitario que le había sido encomendado, dejando sin atención a quienes y habían sido admitidos para su tratamiento”. También, sobre la imprecisión del art. 196 CP, GÓMEZ TOMILLO, M.: *Responsabilidad penal de los profesionales sanitarios: Artículo 196 del Código penal*, Ed. Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, D.L., Valladolid. 1999, p. 67, critica la ambigüedad del precepto que no permite deducir por sí mismo el peligro que exige, además los términos en los que establece el vínculo entre el abandono o denegación y la situación de peligro.

<sup>916</sup> En referencia a las conductas típicas del art. 196 CP, la STS de 29 de noviembre de 2001 (ROJ 9375/2001) (Pte. Aparicio Calvo-Rubio) explica “se consuma al realizarse, respectivamente, sus verbos rectores, denegar o abandonar y concurren otros dos requisitos, ambos de naturaleza normativa, el primero es que la conducta comporte un riesgo grave para la salud y el segundo que el sujeto activo sea un profesional, obligado por normas extrapenales”.

concluir conforme el significado que proporciona el Diccionario de la Real Academia de la Lengua española, equiparando dicho término con «conceder algo que se pide o solicita». En cuyo caso, la negativa de auxilio por parte del profesional sanitario significaría el rechazo de asumir su tratamiento con las repercusiones que esa conducta puede implicar. Así las cosas, conforme a la literalidad del verbo «denegar», la intención del legislador estaría direccionada a un actuar positivo de la manifestación o exteriorización de la negativa por parte del solicitado, no obstante, es necesario destacar que la denegación de igual manera se podrá configurar con actos de pura omisión<sup>917</sup>.

### 2.3.1. Requerimiento expreso de la asistencia sanitaria

En las líneas precedentes se hizo referencia a la existencia de un requerimiento o solicitud de socorro para poder inferir la existencia de la negación. De esta forma, respecto a las características del requerimiento en la doctrina se han puntualizado dos aspectos que no dejan de ser problemáticos: a) La necesidad de que dicha solicitud provenga directamente de la víctima o si es suficiente con el conocimiento del profesional sanitario sobre la necesidad de auxilio; y, b) Si la denegación debe ser expresa o si bastaría con la omisión del comportamiento debido para interpretar la negativa de auxilio por parte de quien está obligado a prestarla. En relación a la primera cuestión, PORTILLA CONTRERAS sostiene que bastará con que el profesional estando en el ejercicio de su cargo tenga conocimiento del peligro que asecha al enfermo respecto a su salud<sup>918</sup>. DELGADO GIL, entiende que si bien el pedido de

<sup>917</sup> Sin embargo, COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.: “La omisión del deber de socorro”, en *Derecho Penal. PE II*, Ed. Servicio publicaciones facultad de derecho, Madrid. 1997, p. 24, sostiene que sólo es posible realizar esta modalidad típica mediante un acto positivo.

<sup>918</sup> Es tema de discusión doctrinal la inacción del profesional que pese a tener conocimiento sobre la necesidad de auxilio de una persona, ésta llega a recibir la asistencia de terceras personas. En este sentido FARALDO CABANA, P.: “La omisión del profesional sanitario: Los delitos de omisión del deber de socorro y denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios”, en BRANDARIZ GARCÍA, J. y FARALDO CABANA, P. (coord.), *Responsabilidad penal del Personal Sanitaria*, Ed. netbiblo, Coruña. 2000, pp. 145 y s., estima viable calificar esta omisión como tentativa de denegación de asistencia, sobre la base de que el tipo del art. 196 CP exige un resultado. No obstante, disintimos con esta posición, pues efectivamente se trata de un delito de resultado, pero de peligro [sobre este punto, *vid.* GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Estudios sobre el delito de omisión*, Ed. B de F, Montevideo–Buenos Aires. 2013, p. 49] y no de lesión en concreto. Por consiguiente, nos parece aventurado el considerar dicha tentativa. PORTILLA CONTRERAS, G.: “La omisión del deber

asistencia debe ser directo y expreso, esto no implica para que el profesional en cuanto tenga conocimiento de la necesidad de auxilio deba prestarlo de forma urgente con independencia de que dicho conocimiento lo haya adquirido por terceras personas<sup>919</sup>. Contraria a esta posición FARALDOCABANA, defendiendo que a falta de petición expresa de auxilio quedaría excluida la posibilidad de incriminación conforme el art. 196 CP<sup>920</sup>, pues de otro modo “supondría convertir al médico en una especie de obligado a velar incondicionalmente por la vida y salud de los ciudadanos, algo que desde luego resulta difícilmente admisible ya desde el plano más simple del sentido común”<sup>921</sup>. No obstante, es pertinente matizar esta concepción, pues si bien es cierto que el texto del art. 196 CP no ofrece indicios claros de donde se pueda deducir las características del requerimiento, resulta poco acertada que sea la propia persona que sufre el riesgo la que deba expresamente solicitar auxilio<sup>922</sup>, pudiendo suceder, por ejemplo, que la paciente se encuentre sola en

---

de socorro”, en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. (coord.), *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2001, p. 1692; el mismo, en PORTILLA CONTRERAS, G.: “De la omisión del deber de socorro”, en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Curso de Derecho Penal Español. PE*, t. I, Ed. Marcial Pons, Madrid. 1996, p. 389. Haciendo referencia además de quienes se oponen directamente a que se les proporcione asistencia como es el caso de los suicidas, los testigos de Jehová (personas que se niegan a la transfusión de sangre) y los presos en huelga de hambre, *vid.* FARALDO CABANA, P., en BRANDARIZ GARCÍA, J. y FARALDO CABANA, P. (coord.): “La omisión del profesional sanitario: Los delitos de omisión del deber de socorro y denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios”, en *Responsabilidad penal del Personal Sanitaria*, Ed. netbiblo, Coruña. 2000, p. 145.

<sup>919</sup> DELGADO GIL, A.: “Omisión del deber de socorro (nuevo delito de abandono del lugar del accidente) y denegación de asistencia sanitaria”, en *RDPCr.*, núm. 21 (enero de 2019) p. 227. Este autor mantiene esta posición haciendo referencia a la omisión del deber de socorro del art. 195 CP, siendo obligación del ciudadano común prestar su auxilio independientemente del requerimiento expreso y directo de la víctima.

<sup>920</sup> FARALDO CABANA, P. en BRANDARIZ GARCÍA, J. y FARALDO CABANA, P. (coord.): “La omisión del profesional sanitario: Los delitos de omisión del deber de socorro y denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios”, en *Responsabilidad penal del Personal Sanitaria*, Ed. netbiblo, Coruña. 2000, p. 145; exigiendo un requerimiento concreto, *vid.* SOTO NIETO, F.: “¿La omisión del deber de socorro sanitario puede asegurarse?”, en *IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario*, 1997, p. 12. En esta línea argumental, la STS 16 de febrero de 1996 (ROJ 993/1996) (Pte. Conde-Pumpido Tourón); haciendo referencia al art. 371, inciso tercero del CP de 1944/1973, sobre la negación de auxilio, recoge “sin que puedan incluirse aquí aquellas situaciones en las que, sin requerimiento expreso del particular, el funcionario tenga conocimiento indirecto de que ha sido solicitada su intervención”.

<sup>921</sup> GÓMEZ RIVERO, M.<sup>a</sup> C.: *La responsabilidad Penal del Médico*, 2.<sup>a</sup> edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2008, p. 630.

<sup>922</sup> Aseverando que en no todos los casos sería indispensable el pedido de auxilio por el enfermo o sus familiares, *vid.* GÓMEZ PAVÓN, P. “La responsabilidad del médico por omisión”, en *PJ*, núm. 40, 1995, p.298.

una habitación de un hospital sedada o inconsciente, y pese a dicha circunstancia, la situación sea percibida por el médico o el ATS de guardia<sup>923</sup>. Sobre esta circunstancia (exigencia de un requerimiento expreso) la STS de 16 de febrero de 1996, se ha pronunciado sobre la denegación de auxilio del que fuere en su momento el art. 371.3 del Código penal de 1944/1973<sup>924</sup>, que en su parte pertinente explica: “se comete [*scil.* denegación de auxilio] cuando se produce una negativa consciente a responder un requerimiento, sin que puedan incluirse aquí aquellas situaciones en las que, sin requerimiento expreso del particular, el funcionario tenga conocimiento indirecto de que ha sido solicitada su intervención”<sup>925</sup>.

En definitiva, a nuestro parecer, coincidiendo con algunos posicionamientos antes anotados “el profesional debe intervenir siempre que tenga conocimiento del peligro para la salud del enfermo y se encuentre en el ejercicio de su función”<sup>926</sup>, pues el hecho de estar obligado origina cierto deber y compromiso de protección de los bienes jurídicos en peligro, donde la acción del profesional sanitario deberá ser siempre irrestricta sin que haga falta el pedido de auxilio de la propia víctima, pudiendo ser suficiente que dicho profesional en cuanto conozca de la necesidad de auxilio por terceras personas despliegue todo su contingente, claro está, conforme a sus capacidades y a la necesidad de intervención. Parámetros estos que la jurisprudencia ha tenido la oportunidad de acotarlos<sup>927</sup>.

---

<sup>923</sup> GÓMEZ TOMILLO, M.: Responsabilidad penal de los profesionales sanitarios: Artículo 196 del Código penal, Ed. Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, D.L., Valladolid. 1999, p. 38. En este sentido, GÓMEZ PAVÓN, P.: Tratamientos médicos: Su responsabilidad penal y civil, 3.ª edición, Ed. Bosch, Madrid. 2013, p. 345. Afirmando responsabilidad del médico *vid.* “La responsabilidad penal del médico por omisión”, en *La Ley*, núm. 1, 1987, p. 964.

<sup>924</sup> Art. 371, inciso tercero del CP de 1944/1973, tipifica: “[...] En iguales penas incurrirá, respectivamente, el funcionario público que, requerido por un particular a prestar algún auxilio a que esté obligado por razón de su cargo para evitar un delito u otro mal, se abstuviere de prestarlo sin causa justificada”.

<sup>925</sup> STS de 16 de febrero de 1996 (ROJ 993/1996) (Pte. Conde-Pumpido Tourón).

<sup>926</sup> MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.: “La omisión de socorro del profesional sanitario”, en *Actualidad Penal*, núm. 41, septiembre de 1997, p. 925.

<sup>927</sup> *Vid.* STS de 28 de enero de 2008 (ROJ 711/2008) (Pte. Martín Pallín)

Respecto al segundo planteamiento, esto es, si la denegación debe ser expresa o simplemente bastaría con omitir la acción debida, a decir de GÓMEZ TOMILLO, dicha denegación podrá exteriorizarse a través de actos positivos determinantes que sean incompatibles con la prestación sanitaria, así como por medio de la pura omisión<sup>928</sup>. COBOS GÓMEZ DE LINARES defiende que la denegación por parte del omitente se verá reflejada mediante un acto positivo<sup>929</sup>. Con distinta posición PORTILLA CONTRERAS parte de la voz «denegar» para inferir que bastaría con la abstención de auxilio por parte del obligado para encuadrar esta conducta en aquellas modalidades contenidas en el art. 196 CP<sup>930</sup>. Coincidente con esta línea MORENO-TORRES HERRERA, es partícipe que simplemente con omitir el deber de auxilio se configuraría la conducta típica del art. 196 CP, sin que sea necesaria la comunicación expresa de dicha negativa tanto al afectado como a terceros<sup>931</sup>.

#### **4. Ponderación de la gravedad de la situación previa a la prestación de asistencia sanitaria**

De lo acotado en las líneas precedentes se ha podido verificar que ante el requerimiento de auxilio, el profesional sanitario deberá prestarlo con la mayor premura posible en procura de evitar un riesgo para la salud y la vida de las personas; no obstante, la doctrina ha tenido la oportunidad de examinar cuándo la conducta del profesional sanitario se ajusta a los requerimientos del tipo penal en cuestión (art. 196CP). En este sentido, nos valdremos de la siempre fructífera jurisprudencia, en aras de inferir en qué condiciones la conducta omisiva conforme al nivel de gravedad que represente, implica considerarla como omisión de socorro o en su defecto denegación de

<sup>928</sup> GÓMEZ TOMILLO, M.: Responsabilidad penal de los profesionales sanitarios: Artículo 196 del Código penal, Ed. Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, D.L., Valladolid. 1999, p. 37.

<sup>929</sup> COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.: “La omisión del deber de socorro”, en *Derecho Penal. PE II*, Ed. Servicio publicaciones facultad de derecho, Madrid. 1997, p. 24.

<sup>930</sup> PORTILLA CONTRERAS, G.: “La omisión del deber de socorro”, en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. (coord.), *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2001, p. 1692.

<sup>931</sup> MORENO-TORRES HERRERA, M.: El delito de desatención sanitaria, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2013, p. 74 y s.

asistencia sanitaria. La STSJ de Andalucía de 10 de marzo del 2000, examina el requerimiento de auxilio por vía telefónica a una profesional sanitaria (médica) que se desempeñaba en el servicio de urgencia de un Centro de Salud para que acudiese hasta el domicilio (a 16km de distancia) de una persona que había caído por las escaleras producto de un desmayo. La profesional ante el requerimiento y luego de valorar las circunstancias con la firme presunción de que se trataba de un ataque cardíaco, pidió que los familiares trasladen al enfermo de inmediato hasta el Centro de Salud, considerando que su desplazamiento hasta el domicilio del paciente era infructuoso al no contar con los medios con los que dispone el Centro de Salud. El Tribunal en lo pertinente explica: “tales extremos no podían ser otros que el esclarecimiento y determinación de si la asistencia domiciliaria estaba o no medicamente indicada, si el desplazamiento de la acusada al domicilio del paciente habría puesto o no una mayor celeridad o diligencia en la asistencia, y si dicho desplazamiento habría significado o no una mayor operatividad en la prestación sanitaria”.

Al hilo de lo anterior, el ente juzgador ratificó la absolución de la médico haciendo hincapié en que “la asistencia domiciliaria no estaba objetivamente indicada, ya que en ella no podían utilizarse los medios materiales y de diagnóstico con que contaba el Centro de Salud, ni tampoco podía disponerse de la intervención del personal sanitario necesario, que se hallaba de guardia en el servicio de urgencias, para llevar a cabo, ante tan grave y alarmante episodio, las previsibles maniobras de reanimación o resucitación del enfermo”<sup>932</sup>. Así las cosas, de la resolución anotada se puede concluir que no todo requerimiento de auxilio podrá tener inmediata acción por parte del sanitario, lo que significa que no toda denegación podrá ser reprochable penalmente ya que conforme quedó dicho, antes habrá que ponderar las condiciones, circunstancias y los medios en los que acontecen los hechos en aras de poder determinar la prioridad de la asistencia<sup>933</sup>, máxime que lo que se

---

<sup>932</sup> STSJ Andalucía de 10 de marzo de 2000 (ROJ 3862/2000) (Pte. Garvín Ojeda).

<sup>933</sup> En este sentido, la STS de 28 de enero de 2008 (ROJ 711/2008) (Pte. Martín Pallín) en relación a la conducta omisiva aclara que, deberá “ser ponderada en cada caso concreto en función de las situaciones de desamparo”. También sobre la imposibilidad de atribuir responsabilidad al profesional al profesional que decide no acudir hasta el domicilio de una

quiere con la tipificación del art. 196 CP, es anticipar la línea de protección<sup>934</sup>, esto es, evitar que el riesgo se concrete en un resultado lesivo. Al respecto GÓMEZ PAVÓN, plantea el supuesto de la inasistencia sanitaria ante la ausencia de síntomas que denoten la gravedad del paciente, pudiendo empeorar la condición de salud de aquel o que finalmente pierda la vida. En este caso, el profesional sanitario (siempre que esté obligado y en servicio) deberá realizar las pruebas y comprobaciones necesarias a fin de evitar aumentar el riesgo para la salud, ya que de no hacerlo, estaría incurriendo en una conducta delictiva siendo factible en última instancia el poder imputársele objetivamente el resultado<sup>935</sup>.

Otra de las cuestiones vinculadas a la denegación de asistencia sanitaria gira en torno a la situación jurídica del profesional sanitario frente a supuestos en los que la negativa del enfermo a recibir determinado tratamiento sitúa en una complicada situación al facultativo quien en todo caso, en determinadas circunstancias debería buscar alternativas en favor del convaleciente, poniéndose en duda, ya no su deber profesional, sino la posición de garantía frente al inminente riesgo a la salud del paciente. Por lo sensible de esta temática y que acabaría desbordando el objetivo principal de este trabajo, sólo es conveniente dejar apuntado a manera de referencia, el caso de los testigos de Jehová quienes por sus convicciones religiosas son reticentes a las transfusiones de sangre; o la asistencia sanitaria de los privados de libertad en supuestos de huelga de hambre, situaciones éstas que han propiciado un arduo debate doctrinal y jurisprudencial<sup>936</sup>. En referencia a estos ejemplos, y

---

paciente tras una acertada valoración de las circunstancias, *vid.* STS de 16 de febrero de 1996 (ROJ 993/1996) (Pte. Conde-Pumpido Tourón).

<sup>934</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (dir.) y JORGE BARREIRO, A. (coord.), Comentarios al Código penal, Ed. Civitas, Madrid. 1997, p. 561.

<sup>935</sup> GÓMEZ PAVÓN, P.: Tratamientos médicos: Su responsabilidad penal y civil, 3.<sup>a</sup> edición, Ed. Bosch, Madrid. 2013, pp. 343 y 341. Esta autora poniendo el ejemplo del médico de guardia, sobre la base de que hay que evitar la lesión de la salud y la vida de los seres humanos, el profesional de la salud, de manera especial el médico, debe prestar su contingente ante una solicitud de auxilio, tomando en consideración que hay un gran porcentaje de personas que acuden a pedir asistencia de manera urgente, sin tener esa calidad; empero, en aras de evitar conductas omisivas que desencadenen en resultados lesivos, será preferible atender los pedidos de auxilio en salvaguarda de los bienes jurídicos protegidos.

<sup>936</sup> Respecto a la negativa de los Testigos de Jehová a recibir transfusión de sangre, proponemos el supuesto de un menor de edad que necesita urgentemente para salvar su vida una transfusión, pero debido a su convicción religiosa, se rehúsa. Más allá de las soluciones

sin perjuicio del problema que plantea en sede de culpabilidad, el deber de asistencia por parte del profesional sanitario devendría en inexistente, pues como afirma SILVA SÁNCHEZ “si en tales situaciones se ha negado el *derecho* del médico a asistir ¿cómo se va a afirmar deber alguno? Tal deber no existe, ni como garante ni como deber general de socorro”<sup>937</sup>.

## 5. Capacidad personal para prestar la asistencia requerida

### 4.1. Presupuesto de la omisión típica: la capacidad personal

Hasta ahora hemos alcanzado a vislumbrar que ante el requerimiento de auxilio (si se está obligado) el profesional sanitario tendrá el deber el prestar asistencia a fin de evitar un riesgo para la salud y la vida de las personas so pena de incurrir en un delito. Ahora bien, con independencia de dicho deber, será necesario verificar si el profesional sanitario era suficientemente capaz para socorrer a la víctima, pudiendo darse el caso de que pese a estar obligado a prestar auxilio no posea los conocimientos o la preparación necesaria. Frente a ello, parte de la doctrina<sup>938</sup> entiende que para que haya omisión típica no basta la no realización de la acción ordenada, siendo necesaria como requisito indispensable la «posibilidad» del cumplimiento de la misma. En otras palabras, que el profesional tenga la capacidad de efectuar la acción omitida, pues como lo argumenta NOVOA MONREAL “la omisión es ausencia de un movimiento determinado de parte de quien puede realizarlo”. De esta manera es posible imaginar supuestos como: la incapacidad de un enfermero para practicar un masaje cardíaco o el médico residente que es incapaz de ejecutar una

---

jurídicas que se le pueda dar (autorización de los padres o respeto de su libertad religiosa, lo que está supeditado a la edad del menor) nos interesa la conducta del médico o profesional sanitario respecto al conflicto entre respetar dicha creencia y asistir al enfermo conforme el juramento hipocrático del que deviene salvar la vida de los pacientes, e inclusive, poder ofrecer otra alternativa de tratamiento. Pese a que los médicos no tienen mayor incidencia en la decisión para transfundir la sangre a un menor de 13 años que se opone a dicho tratamiento por ser Testigo de Jehová, *vid.* la STS de 27 de junio de 1997 (ROJ 4567/1997) (Pte. Granados Pérez).

<sup>937</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.: “La responsabilidad penal del médico por omisión”, en *La Ley*, núm. 1, 1987, p. 962.

<sup>938</sup> NOVOA MONREAL, E.: *Fundamentos de los delitos de omisión*, Ed. Depalma, Buenos Aires-Argentina, 1984, p. 70; también SILVA SÁNCHEZ, J.: *El delito de omisión: concepto y sistema*, Ed. Bosch, Barcelona. 1986, pp. 26 y ss.

compleja técnica, propia de un médico experimentado. Desde luego, no es este el momento de abordar esta temática, pero sin embargo se hace pertinente esbozar algunas características que ayuden a entender si la no prestación de asistencia por parte del profesional sanitario, *ipso facto* llega a constituirse en delito conforme el art. 196 CP. Así las cosas, para asegurar la concurrencia de una omisión se deberá constatar que la acción omitida se pudo haberse realizado. Al respecto, acertadamente SILVA SÁNCHEZ, entiende que “sostener que la acción no realizada debe haber sido *posible* no implica, de por sí, decisión alguna acerca de para quién debe haberlo sido y en qué circunstancias. Así, cabe imaginar acciones «humanamente posibles», sin más precisiones; o posibles para el hombre medio en la situación del sujeto; o, en fin, posibles para éste en su concreta individualidad”<sup>939</sup>. De esta forma se propone un «criterio general» por el que “si el hombre medio en la situación del autor habría podido realizar la acción, el sujeto que no la realiza omite, aunque personalmente no hubiera podido llevarla a término”, y desde un «criterio individual», partiendo “de los conocimientos y las capacidades personales del sujeto en cuestión y de si éste, en determinada situación, habría podido cumplir la acción analizada. Si no es así, no omite”<sup>940</sup>. Así las cosas, al parecer el criterio de la individualidad proporcionará argumentos más acertados en aras de determinar si la acción omitida pudo haber sido cumplida por el omitente, ya que como lo defendimos *supra*, cada caso se analizará conforme sus particularidades, objetivo que sin duda con la teoría de los conocimientos y las capacidades será posible establecer fundamentos más convincentes para asegurar la existencia de una omisión y afirmar la denegación de asistencia sanitaria, pues conforme el acertado comentario de SILVA SÁNCHEZ, no tiene sentido “decir que omite leer quien no sabe leer”<sup>941</sup>.

Una vez que nos hemos decantado por el criterio de la individualidad que incluye los conocimientos y las capacidades del sujeto en cuestión, se hace necesario determinar cuándo se puede afirmar que la acción omitida era

---

<sup>939</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.: El delito de omisión: concepto y sistema, Ed. Bosch, Barcelona. 1986, p. 27.

<sup>940</sup> *Ídem.*

<sup>941</sup> *Ídem.*

de las que resultaba posible realizarla. Para este cometido, SILVA SÁNCHEZ, propone dos aspectos: a) desde el punto de vista físico-objetivo, esto es “la existencia de las condiciones externas, situaciones (presencia del objeto en las circunstancias apropiadas, etc.) de realización de la acción, así como la posesión por parte del sujeto de las capacidades corporales e intelectuales, conocimientos técnicos y medios materiales para llevarla a la práctica”; y, b) desde una perspectiva subjetiva, clasificándola en dos vertientes: la primera, “la relativa al *conocimiento* de los medios existentes, su selección y conducción: junto con la posibilidad físico-objetiva determina la *posibilidad de realización* de una decisión previamente adoptada”, y la segunda “relativa al *conocimiento del fin de la acción*, es decir, de una situación en la que es factible la realización de una determinada acción: por sí sola, esta vertiente configura la *posibilidad de adopción de una decisión* y es, en consecuencia, presupuesto de la posibilidad de su realización”<sup>942</sup>.

#### 4.2. Conducta alternativa a la solicitud de asistencia sanitaria

Uno de los presupuestos para considerar que el profesional sanitario ha incurrido con su conducta omisiva en el tipo penal correspondiente, estriba en que el sujeto haya sido capaz de prestar la ayuda conforme el requerimiento. Sin embargo, la doctrina viene debatiendo si es posible exigir una conducta alternativa en supuestos en que el profesional se vea imposibilitado de prestarla, ya sea por un impedimento reglamentario<sup>943</sup> o por la prioridad de atención; cabiendo inclusive el tener que abandonar el centro de salud donde se presta el servicio para trasladarse hasta donde se encuentre la persona necesitada de auxilio<sup>944</sup>. Sobre este particular y sin perjuicio de lo que se expondrá a continuación, la STS de 22 de octubre de 2015, ha recalcado que “la asistencia personal es siempre preferible a la potencial de terceros sobre los que se carece de control”<sup>945</sup>; lógicamente, siempre que dicha negativa encuentre como justificante un fundamento válido y coherente que despeje de

<sup>942</sup> *Ibíd.*, p. 28.

<sup>943</sup> *Vid.* STS de 19 de diciembre de 1981 (ROJ 4758/1981) (Pte. Cotta Marqu ez de Prado)

<sup>944</sup> Al respecto *vid.* STS de 28 de enero de 2008 (ROJ 711/2008) (Pte. Martín Pallín); STS de 2 de octubre de 1989 (ROJ 5000/1989) (Pte. Moner Muñoz)

<sup>945</sup> *Vid.* STS de 22 de octubre de 2015 (ROJ 4374/2015) (Pte. Palomo del Arco)

toda duda la conducta elegida por el profesional. Al tenor de estas observaciones ¿está obligado el profesional sanitario a requerir de terceros el auxilio en razón de su imposibilidad, o debe denegar el auxilio y dejar que el propio afectado se encargue de gestionar la ayuda? La doctrina no ha dedicado mayor esfuerzo a este particular, empero, en principio es posible argumentar dos aspectos: a) no siendo posible que el propio profesional pueda prestar su ayuda, partiendo de la simple lógica y por un sentir de humanidad, deberá solicitar el apoyo o auxilio de terceros, pues en razón de la posición que ostenta seguramente tenga mayores posibilidades y medios para requerir dicha asistencia de las que tendría el convaleciente; claro está, siempre que le sea posible; y, b) con independencia de considerar al art. 196 como un tipo agravado del 195 CP<sup>946</sup>, simplemente por hacer una relación lógica y dotar de contenido esta idea, la remisión a las penas a las que hace la primera norma citada en relación al art. 195.2 CP, nos proporciona algunas pistas respecto del requerimiento a terceras personas al que estaría obligado el profesional sanitario. De no ser así, resultaría incoherente e ilógico que se exija mayores obligaciones al ciudadano común (art. 195.2 CP) frente al profesional que teniendo dicha obligación viéndose imposibilitado por el motivo que fuese, se muestre apacible sin solicitar la asistencia de nadie.

En la jurisprudencia este tipo de supuestos han sido examinados por los tribunales, cuyos criterios han ido de la mano de las circunstancias de cada caso, por lo que en ocasiones se conmina a prestar auxilio de forma personal antes de optar por la ayuda de terceras personas<sup>947</sup> y en otras ocasiones, se considera una situación excusable de auxilio el que la víctima ya esté siendo

---

<sup>946</sup> Haciendo parecer que el art. 196 CP sería un tipo agravado de su artículo precedente el art. 195 del mismo cuerpo legal, en la jurisprudencia la STS de 28 de enero de 2008 (ROJ 711/2008) (Pte. Martín Pallín) establece “por cuestiones lógicas, resolver previamente si existe la figura básica del delito de omisión del deber de socorro para después decidir si es aplicable la previsión específica para las conductas de los facultativos en casos de inactividad ante una persona necesitada de auxilio, en este caso médico”.

<sup>947</sup> La STS de 22 de octubre de 2015 (ROJ 4374/2015) (Pte. Palomo del Arco) que en la parte que interesa explica “la imposibilidad de prestar la asistencia directamente, cuando ningún peligro concreto propio ni de tercero mediaba; la asistencia personal es siempre preferible a la potencial de terceros sobre los que se carece de control”.

asistida<sup>948</sup>. Así, la STS de 19 de diciembre de 1981, examina la conducta de un ginecólogo que estando de guardia es requerido por un hombre para que se traslade hasta su domicilio para atender a sus esposa que estaba a punto de alumbrar, petición a la que dicho ginecólogo no accede. Pasados quince minutos de la primera petición, nuevamente el esposo vuelve a requerir la ayuda del especialista en virtud de que la parturienta ya había alumbrado a una criatura que seguía unida a la madre por el cordón umbilical, negándose nuevamente a prestar su ayuda alegando estar impedido por la reglamentación de los servicios sanitarios de la Beneficencia Provincial que le impedían abandonar el Hospital, considerando que en dicho sitio se encontraban dos mujeres embarazadas con problemas. Pese a esto, el ginecólogo decidió esta vez llamar al Servicio de la Seguridad Social para que acudan al domicilio de la mujer; no obstante, cuando acudieron al domicilio donde se encontraba la parturienta, la criatura ya había fallecido. El Tribunal condena al ginecólogo como autor de un delito de omisión de socorro<sup>949</sup>, resaltando la necesidad de tomar medidas alternativas ante la imposibilidad de asistir personalmente. En relación al argumento (reglamento) al que recurre el ginecólogo para no trasladarse a la casa de la mujer en estado de gestación, el fallo explica “[...] ello no era óbice para que hubiese ordenado inmediatamente el traslado de la enferma al Centro en que se encontraba, que nadie se lo impedía, ni mucho menos para que hubiese demandado sin pérdida de tiempo el auxilio de otros organismos médicos que, a no dudar, hubiesen prestado el socorro que a él se le coartaba reglamentariamente otorgar en el exterior”<sup>950</sup>, como de forma tardía lo hizo.

---

<sup>948</sup> La STS de 28 de enero de 2008 (ROJ 711/2008) (Pte. Martín Pallín) establece al respecto “Es incuestionable el deber de auxilio cuando la persona se encuentra sola y abandonada. En el caso de que hayan acudido en su auxilio otras personas, no excluye radicalmente la obligación ética y ciudadana de interesarse por el caso, pero pudiera ser excusable la abstención si teniendo en cuenta las circunstancias, ya existe el debido socorro y la aportación del tercero ya no aporta nada a la eliminación de la situación de riesgo”.

<sup>949</sup> Conforme el art. 489 bis del CP de 1944/1973, cuando siendo más coherentes con los hechos, nos parece que la tipificación correcta debía haber sido la del inciso tercero del art. 371 del mismo cuerpo legal antes citado, que en su parte pertinente establece “En iguales penas incurrirá, respectivamente, el funcionario público que, requerido por un particular a prestar algún auxilio a que esté obligado por razón de su cargo para evitar un delito u otro mal, se abstuviere de prestarlo sin causa justificada”.

<sup>950</sup> STS de 19 de diciembre de 1981 (ROJ 4758/1981) (Pte. Cotta Marqués de Prado).

En definitiva, creemos que frente a la imposibilidad del profesional sanitario para abandonar su sitio de trabajo y ayudar a quien requiere de su asistencia cuyo riesgo de lesión es latente ya sea por situaciones reglamentarias, falta de capacidad u otra circunstancia, creemos que estará obligado a buscar medios alternativos<sup>951</sup> para suplir su inasistencia, y de esta forma asegurar que la víctima tenga la oportunidad de ser asistida, lo que contribuya a salvaguardar la salud del convaleciente. Esta apreciación es fácilmente verificable si atendemos el art. 195.2 CP, que sanciona a quien estando impedido de prestar auxilio no lo demande con urgencia de otras personas, máxime que el art. 196 CP comparte la rúbrica “De la omisión del deber de socorro” con el referido artículo. De esto se puede establecer una coherente conclusión: no hay razón para compeler al común y corriente de las personas a buscar auxilio en el caso de no poderlo prestar por sí mismas, y no esperar igual comportamiento del profesional sanitario cuyo deber social tendría mayor trascendencia.

## 6. La cláusula del riesgo grave para la salud de las personas

Ya hemos destacado que el diseño legislativo del art. 196 CP, peca de ambiguo e impreciso<sup>952</sup>. No obstante, no toda conducta omisiva implica ser subsumida en el art 196 CP, debiendo concurrir uno de los requisitos de carácter normativo como es la creación de un riesgo grave para la salud devenido de la denegación de asistencia sanitaria. Para GÓMEZ PAVÓN, este «grave riesgo» es aquel que “pone en peligro la salud de forma relevante y, por supuesto, la vida; aquel que puede suponer un empeoramiento del estado de salud general del paciente, afectando al normal funcionamiento de órganos o miembros importantes”<sup>953</sup>. Partiendo de esto, conviene determinar si la intención del legislador fue exigir la verificación del riesgo grave como elemento del tipo de un delito de resultado de peligro concreto, de peligro abstracto, o si

<sup>951</sup> Por ejemplo, como lo habíamos anotado *supra* con los testigos de Jehová, algunas casas de salud cuentan con procedimientos o técnicas que no implican la transfusión de sangre.

<sup>952</sup> A decir de GÓMEZ PAVÓN, P.: Tratamientos médicos: Su responsabilidad penal y civil, 3.<sup>a</sup> edición, Ed. Bosch, Madrid. 2013, p. 341, quizá con la inclusión del “grave riesgo para la salud”, el legislador haya pretendido plasmar la necesidad de la acción salvadora.

<sup>953</sup> GÓMEZ PAVÓN, P.: Tratamientos médicos: Su responsabilidad penal y civil, 3.<sup>a</sup> edición, Ed. Bosch, Madrid. 2013, p. 343.

el riesgo grave representa una condición objetiva de punibilidad que obedece a motivos político-criminales<sup>954</sup>. CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC, son de la idea que la exigencia de gravedad del riesgo para la salud otorga relevancia al tipo constituyéndose en una vertiente valorativa que dota de relevancia jurídica a la conducta, puesto que de otro modo, se trataría tan solo de una infracción profesional<sup>955</sup>. Determinados autores consideran a este delito como omisivo de peligro concreto, en razón que, además de la denegación de asistencia sanitaria, haría falta la creación de un riesgo grave para la salud<sup>956</sup>.

Pese a esto, GÓMEZ PAVÓN se refiere a esta exigencia (derivación del riesgo grave) como una «ficción», ya que “puede decirse que no interrumpe el proceso, incluso que supone un incremento del riesgo, pero no que, a consecuencia de ella, se origine”<sup>957</sup>. Postura esta con la que estamos de acuerdo si tenemos en cuenta que en la gran mayoría de casos quien solicita asistencia sanitaria presenta en mayor o menor medida ya una afección a la salud. En palabras de la citada autora “el riesgo es anterior a la omisión, la enfermedad, alteración o padecimiento”<sup>958</sup> (por ello la búsqueda de asistencia). En consecuencia, lo oportuno sería hablar de un aumento o en su defecto de un empeoramiento del riesgo<sup>959</sup>, el cual ya persiste *ex-ante*, siendo iluso el pensar que de la omisión se «derive» un riesgo grave para la salud. Esta línea argumentativa es compartida por HUERTA TOCILDO, cuando haciendo

<sup>954</sup> Considerando el riesgo grave para la salud del que habla el art. 196 CP como condición objetiva de punibilidad, *vid.* MORENO-TORRES HERRERA M.: El delito de desatención sanitaria, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2013, p. 83.

<sup>955</sup> CARBONELL MATEU, J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.: “De la omisión del deber de socorro”, en VIVES ANTÓN, T. (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, t. I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 1996, p. 989, considera que el término «grave» no se lo debe entender con manifiesto o patente, sino que irá referido a la trascendencia e importancia para la salud. De esta forma, el art. 196CP se configura como un delito de peligro concreto.

<sup>956</sup> Entre la doctrina, *vid.* “La omisión del profesional sanitario: Los delitos de omisión del deber de socorro y denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios”, en BRANDARIZ GARCÍA, J. y FARALDO CABANA, P. (coord.), *Responsabilidad penal del Personal Sanitaria*, Ed. netbiblo, Coruña. 2000, pp. 145 y s.

<sup>957</sup> GÓMEZ PAVÓN, P.: *Tratamientos médicos: Su responsabilidad penal y civil*, 3.<sup>a</sup> edición, Ed. Bosch, Madrid. 2013, p. 340.

<sup>958</sup> *Íbid.*, p.350.

<sup>959</sup> En este sentido, *vid.* DELGADO GIL, A.: “Omisión del deber de socorro (nuevo delito de abandono del lugar del accidente) y denegación de asistencia sanitaria”, en *RDPCr.*, núm. 21 (enero de 2019), p. 227, también MORENO-TORRES HERRERA M.: El delito de desatención sanitaria, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2013, p. 71.

referencia al término «derivarse» señala que “de producirse un determinado resultado a consecuencia de una conducta –en este caso, omisiva– que sería su causa; y ello porque, como es sabido, «*ex nihilo, nihil*»; o, dicho de otra manera: no cabe afirmar que la emergencia de un *riesgo grave para la salud de las personas* trae su causa de la denegación de asistencia sanitaria o del abandono de los servicios sanitarios, sino que tal resultado no sería sino una consecuencia del empeoramiento de una dolencia anterior a esos comportamientos omisivos. De manera que lo que en verdad sucede en estos casos es que, al no cumplir con su deber de prestar asistencia sanitaria, el profesional de esta clase *no interrumpe* un proceso patológico preexistente que, por lo tanto, sigue su curso «*in crescendo*», libre de toda obstrucción, pudiendo desembocar en la aparición de ese resultado de *riesgo grave para la salud de las personas*<sup>960</sup>. En cualquier caso, conforme a lo que sostiene GARCÍA ALBERO, dicho riesgo grave será posible atendiendo a las circunstancias o patologías que *per se* son graves en quien requiere asistencia, puesto que la gravedad del peligro no se mide únicamente atendiendo al grave daño que amenaza, sino fundamentalmente, en razón a la inminencia de dicho daño<sup>961</sup>, trayendo como consecuencia la imposibilidad de poder hablar de la creación de un riesgo grave por tratarse de una dolencia que no tiene tal calado. Pese a ello, es conveniente resaltar lo reprochable que puede llegar a ser, que producto de la denegación de asistencia el afectado abandone otras medidas de protección o renuncie a poder adoptarlas<sup>962</sup>. Así las cosas, y partiendo de lo apuntado anteriormente, es conveniente no optar por una posición demasiado cerrada en relación a la literalidad del art. 196 CP. La

<sup>960</sup> HUERTA TOCILDO, S.: Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 1997, pp. 66 y s.

<sup>961</sup> GARCÍA ALBERO, R.: “Artículo 196”, en QUINTERO OLIVAREZ, G. (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Código Penal*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona. 2016, p. 427. La referencia a la gravedad del riesgo tiene un carácter valorativo que deberá ser apreciado por el juez en mérito de las circunstancias del caso concreto, *vid.* GÓMEZ RIVERO, M.<sup>a</sup> C.: La responsabilidad Penal del Médico, 2.<sup>a</sup> edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2008, p. 633. Sobre los grados de concreción de la gravedad del riesgo en la denegación de asistencia sanitaria como en los supuestos de abandono de los servicios sanitarios, respecto de la primera MUÑOZ CONDE, F.: Derecho penal, *PE*, Ed. Tirant lo Blanch, 20.<sup>a</sup> edición, Valencia. 2015, p. 285, “la contextualización de la omisión tras una previa demanda de auxilio supone una situación de peligrosidad concreta”.

<sup>962</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.: “La responsabilidad penal del médico por omisión”, en *La Ley*, núm. 1, 1987, p. 957.

exigencia de la creación de un riesgo grave para la salud se determinará examinando las circunstancias que rodean el supuesto, ya que conforme quedó anotado: nada nace de la nada, lo que significa que con antelación a la conducta omisiva estará presente ya un riesgo aunque sea mínimo susceptible de incrementarse si no se toma corrección al respecto. De esta manera, parece que es mejor considerar que con la desatención sanitaria se estaría originando un «segundo riesgo» o, por así decirlo, el incremento de un riesgo ya existente<sup>963</sup> antes de la omisión<sup>964</sup>. Al parecer esta solución sería más coherente con el art. 196 CP en aras de castigar la falta de asistencia en lugar de optar por la literalidad del texto, conllevando a que determinada conducta quede sin respuesta en razón de un riesgo *ex ante*, o los supuestos en los que existiendo un riesgo más o menos grave, la denegación o el abandono generen que el riesgo se incremente y que cuyo resultado se concrete en la efectiva lesión.

#### 5.1. La obligación de asistencia sanitaria frente a la imposibilidad de modificación del riesgo para la salud

Acotado que el art. 196 CP requiere que el profesional sanitario haya sido capaz de llevar a cabo la conducta a la que estaba obligado, y la exigencia de la creación de un riesgo grave para la salud, cabe indagar si una vez omitida la acción de auxilio ésta pudo haber evitado la creación del riesgo grave en la salud en supuestos en los que ya no es posible su concurrencia, o por lo menos, el incremento dada las condiciones de salud del convaleciente. A efectos prácticos dichas soluciones dependerán de cómo se entienda al art. 196 CP, es decir: como un delito de omisión de peligro concreto, como delito de omisión de peligro abstracto e inclusive se llega a catalogarlo como un delito en

---

<sup>963</sup> Lo que haría el profesional sanitario con su inacción es evitar que el riesgo ya existente desaparezca o por lo menos se acrecente.

<sup>964</sup> No obstante esta afirmación, puede ser matizada en el sentido que es posible imaginar los casos en los que el riesgo grave para la salud sea nulo y que el mismo se origine como consecuencia de la denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios: v.gr. los supuestos de las vacunas para niños pequeños o por especiales circunstancias del sujeto o la sociedad, se hace necesaria la vacunación, por ejemplo, los ancianos que sin la administración de dichas vacunas puede originar el riesgo de contraer enfermedades, tal sería el caso de las epidemias, *vid.* GÓMEZ PAVÓN, P.: Tratamientos médicos: Su responsabilidad penal y civil, 3.<sup>a</sup> edición, Ed. Bosch, Madrid. 2013, p. 350.

comisión por omisión. Al respecto algunos autores evocando la vieja teoría de la causalidad y en clara referencia a los delitos en comisión por omisión, recuerdan que la conducta omisiva no será perseguible penalmente cuando “la acción positiva indicada de nada sirva para evitar el resultado, porque de todas formas vaya a producirse”<sup>965</sup>. Sin embargo, este tipo de conclusiones acarrearán como es sabido un panorama hipotético en donde el margen de error es ampliamente considerable y más tratándose del amplio e impreciso ámbito médico. Frente a esto, la doctrina mayoritaria se conforma con que la acción representada debiera haber evitado el resultado con una probabilidad rayana en la seguridad<sup>966</sup>; alguna otra opinión llega a considerar que la acción omitida hubiese supuesto una reducción del riesgo, esto es, que la acción esperada sea de aquellas que suponga con seguridad un aumento de posibilidades en la evitación del riesgo<sup>967</sup>. Determinar con cierto grado de seguridad si la conducta omitida hubiese podido conseguir aminorar el riesgo o evitar la lesión del bien jurídico, ha sido una cuestión no menos debatida doctrinalmente.

El profesor GIMBERNAT ORDEIG, desde el ámbito deontológico y en aras de establecer si la acción que no se realizó hubiese incidido en la evitación del riesgo para la salud, explica que a diferencia de lo que sucede con los delitos de acción en los que se toma en cuenta movimientos corporales causantes reales, el delito de omisión tendrá su explicación en un «dato real», diferente de la causalidad, característica del hecho punible comisivo. De esta forma explica el maestro español “si el omitente de socorro *hubiera* auxiliado a la persona que se halla «desamparada y en peligro manifiesto y grave», las *probabilidades* de ésta de sobrevivir o de no sufrir lesiones –o de no sufrir lesiones más graves– habrían sido más elevadas[...] la imputación en la

<sup>965</sup> MIR PUIG, S.: Derecho penal. *PG*, 10.<sup>a</sup> edición, Ed. Reppertor, Barcelona. 2015, pp. 338 y s.

<sup>966</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas: Tratado de Derecho Penal. *PG*, trad. OLMEDO CARDENETE, Miguel, 5.<sup>a</sup> edición, Ed. Comares, Granada. 2002, p. 667, este autor explica que “en la omisión no hay que exigir plena certeza en torno a la causalidad tal y como sucede en el hacer positivo; y ello porque el examen no puede basarse sobre un curso real sino sólo sobre un posible acontecer que no se puede predecir con seguridad absoluta (causalidad hipotética)”. En este sentido MIR PUIG, S.: Derecho penal. *PG*, 10.<sup>a</sup> edición, Ed. Reppertor, Barcelona. 2015, p. 339.

<sup>967</sup> *Vid.* BACIGALUPO ZAPATER, E.: Principios del Derecho penal. *PG*, 5.<sup>a</sup> edición, Ed. Akal/Lure, Madrid, 1998, p. 403; también, STRATENWERTH, G.: Derecho Penal. *PG I*. El hecho punible, trad. CANCIO MELIA, M. y SANCINETTI, M. A., Ed. Thomson-Civitas, Madrid. 2005, p. 398.

omisión tiene por base el conocimiento estrictamente ontológico de que la realización de una determinada acción (a saber: de la acción omitida) al suponer la entrada en juego de una medida positiva reductora del riesgo, habría *disminuido en el mundo real* el peligro para un bien jurídico de resultar lesionado. Por ello se castigan las omisiones: porque, sobre la base de un cálculo ontológico de probabilidades, el legislador ha llegado a la conclusión de que los movimientos corporales omitidos habrían condicionado la reducción del riesgo de lesión de los bienes jurídico penales que aquél quiere, en lo posible, proteger<sup>968</sup>. Para llegar a estas conclusiones, GIMBERNAT parte de que los delitos omisivos son «acausales»<sup>969</sup>, en donde la omisión omitida si bien no incide o no se representa en la lesión del bien jurídico, sí que incide en la no reducción o evitación del riesgo de lesión. Así las cosas, es harto complicado el poder asegurar a ciencia cierta que la acción no efectuada pudo haber evitado la lesión pero por lo menos se podrá tener una idea bastante próxima a que la acción omitida pudo haber evitado reducir o eliminar el riesgo de peligro, mismo que en sentido ontológico habrá que estar a las circunstancias conocidas *ex ante*, tomando en consideración las leyes de la naturaleza, esto es, en atención a un no-valorativo *cálculo de probabilidades*.

Así las cosas, normativamente la probabilidad de determinación del «mal» deducible basado en consideraciones axiológicas merece un juicio positivo o negativo de valor en la vida humana y social, por ejemplo, “la probabilidad de que un avión se estrelle se denomina peligro o riesgo de accidente, porque sus consecuencias, a saber: los fallecimientos de los ocupantes, son *axiológicamente negativas* no se puede deducir teniendo en cuenta el dato estricto de la realidad de que personas que hasta entonces vivían vayan a dejar de hacerlo, sino confrontando ese dato de la realidad con una jerarquía valorativa en donde la muerte aparece como un *mal*, y la vida,

---

<sup>968</sup> GIMBERNAT ORDEIG E.: Estudios sobre el delito de omisión, Ed. B de F, Montevideo–Buenos Aires. 2013, pp. 344 y ss.

<sup>969</sup> En este mismo sentido, negando la relación de causalidad en el delito de omisión, *vid.* CERZO MIR J.: Derecho Penal. *PG.*, 2.<sup>a</sup> edición, Ed. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 200, p. 220.

como un *bien*<sup>970</sup>. De ahí la dificultad que representa establecer si la acción omitida por el profesional haya podido impedir la producción del resultado (lesión); sin embargo, conforme lo expuesto en las líneas precedentes, sí cabría la posibilidad de tener altas probabilidades de disminuir o evitar la producción del riesgo; concepción que es compartida por MIR PUIG al advertir que “existe ya deber de actuar en cuanto aparece como posible (*ex ante*) que la intervención evite el resultado, aunque no sea seguro que va a conseguirlo”<sup>971</sup>.

## 5.2. La imposibilidad de agravación del riesgo y su incidencia en la configuración de la denegación de asistencia sanitaria

Conforme lo examinado, la denegación de asistencia (art. 196CP) no será suficiente para cumplir con las exigencias del tipo penal en cuestión, siendo necesario que producto de aquella inasistencia se derive un riesgo grave para la salud. En torno a esto ¿qué pasaría en los supuestos en que debido a las condiciones de salud de quien requiere asistencia, ya no es posible su mejoría o su situación sea imposible de agravarse? Determinar si la acción denegatoria de asistencia puede subsumirse en el artículo en estudio en aquellos supuestos en que previamente al acto omisivo por las condiciones de enfermo sea inviable o por lo menos no posible la agravación del riesgo, y por consiguiente la exclusión de incriminación, son cuestiones cuya respuesta dependerá de la posición que se adopte respecto de este delito<sup>972</sup>. Así, de considerar al art. 196 CP como un delito de peligro abstracto tal como lo

<sup>970</sup> GIMBERNAT ORDEIG E.: Estudios sobre el delito de omisión, Ed. B de F, Montevideo–Buenos Aires. 2013, pp. 342 y s.

<sup>971</sup> MIR PUIG, S.: Derecho penal. PG, 10.<sup>a</sup> edición, Ed. Reppertor, Barcelona. 2015, p. 340. En este sentido, el autor asegura que si bien es cierto que el deber de auxilio existe ya con tal de que *ex ante* ofrezca posibilidades de éxito; pero la imputación objetiva del resultado necesario para la comisión por omisión consumada requiere además que el riesgo creado (mejor: no disminuido) se *realice* efectivamente en el resultado, cuestión que sólo puede decidirse afirmativamente si *ex post* se comprueba que el resultado se habría evitado (al menos con práctica seguridad) mediante la intervención omitida. En otro caso cabe únicamente apreciar *tentativa*. En este sentido SILVA SÁNCHEZ, J.: “La responsabilidad penal del médico por omisión”, en *La Ley*, núm. 1, 1987, p. 966, explica “que la acción indicada ha de ser *ex ante* capaz de salvación”.

<sup>972</sup> Como delito de omisión de peligro concreto, como delito de omisión de peligro abstracto, e inclusive como delito en comisión por omisión.

entiende MORENO-TORRES HERRERA, bastará con la denegación de la asistencia sanitaria requerida para poder considerar la conducta típica. Siendo que la derivación del riesgo grave constituiría una condición objetiva de punibilidad, y no un elemento del tipo<sup>973</sup>. De esta manera, únicamente si se interpreta el art. 196 CP como delito de peligro concreto se podrá afirmar que la posibilidad de evitación del resultado de la acción omitida es un requisito imprescindible por ser el riesgo grave para la salud de las personas parte del tipo<sup>974</sup>. Por consiguiente, en los supuestos antes referidos (imposibilidad de agravación del paciente) dicha conducta estaría excluida del art. 196 CP<sup>975</sup>. Pese a ello, y trasladándonos al ámbito práctico del quehacer sanitario, los supuestos que si bien serán infrecuentes, no es conveniente desmerecer su análisis. Nos referimos a los supuestos en los que el profesional sanitario pese a su capacidad de aplicar determinado tratamiento estima como infructuoso llevarlo a cabo en consideración al complicado panorama que presenta ya el enfermo, siendo nulas las posibilidades de evitar que el riesgo se incremente. Así las cosas, si el profesional quien deniega la asistencia sanitaria desconoce de la ineficacia que tendría el auxilio se podrá afirmar que ha actuado con dolo típico por quebrantar un deber profesional, esto es, un deber de acción (intentar salvar la vida) y no de resultado (salvar la vida)<sup>976</sup>. Sin embargo, es preciso

---

<sup>973</sup> La autora destaca la ventaja de considerar el art. 196 CP como delito de peligro abstracto, en lo intrascendente que resulta el conocer (*ex post*) si la acción omitida no hubiese podido impedir el peligro en la salud del convaleciente. Acentuando la responsabilidad del omitente en una infracción propia de la labor profesional, al no haber asistido a la persona, quien hipotéticamente pudo haberse beneficiado de la ayuda denegada, *vid.* MORENO-TORRES HERRERA M.: El delito de desatención sanitaria, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2013, p. 87. Rechazando de que se trate de un delito de peligro abstracto, *vid.* GÓMEZ TOMILLO, M.: Responsabilidad penal de los profesionales sanitarios: Artículo 196 del Código penal, Ed. Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, D.L., Valladolid. 1999, p. 64.

<sup>974</sup> MORENO-TORRES HERRERA M.: El delito de desatención sanitaria, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2013, p. 86.

<sup>975</sup> Esta conclusión estaría acorde con el principio «*in dubio pro reo*», pese a que, a decir de GÓMEZ PAVÓN, P.: Tratamientos médicos: Su responsabilidad penal y civil, 3.<sup>a</sup> edición, Ed. Bosch, Madrid. 2013, p. 351, esto significaría una menor protección al bien jurídico.

<sup>976</sup> Sin embargo, quedaría excluido el dolo si el profesional sanitario no acude a prestar ayuda en el entendimiento de una manera fehaciente (ya por conocer bien el estado del paciente) que dicha asistencia de nada serviría dado el estado grave de salud en que se encuentra el paciente. En este sentido SILVA SÁNCHEZ, J.: “La responsabilidad penal del médico por omisión”, en *La Ley*, núm. 1, 1987, p. 964, entiende que “sólo en el caso de que a las mismas se unan las perspectivas de una vida futura deficiente o dolorosa, o de una muy limitada posibilidad de prolongarla serían, según creo, suficientes para afirmar la inexigibilidad de una conducta medica dirigida a la salvación o prosecución del tratamiento”.

señalar, que si bien no existe posibilidad de agravación del riesgo quizá la acción denegada hubiese podido mitigar el dolor o aliviar las posibles molestias propias de la enfermedad. Concomitantemente, GÓMEZ RIVERO, partiendo de que el bien jurídico tutelado por el art. 196 CP radica en “la obligación del específico deber de auxilio que recae sobre los profesionales de la sanidad”, daría a entender que el delito en cuestión quedaría configurado tan solo con la desatención sanitaria. De esta forma, continua la autora la “situación de riesgo debe apreciarse con independencia del origen del mismo así como de su vinculación con el resultado lesivo”. De esto se puede inferir, lo intrascendente que resulta la mejoría en la salud del paciente o la imposibilidad de agravación del riesgo, en aras de encausar la conducta omisiva por el art. 196 CP<sup>977</sup>; quedando a salvo la posibilidad de su enjuiciamiento por el art. 195 CP<sup>978</sup>. Este argumento es compartido en parte por HUERTA TOCILDO, partidaria de excluir los supuestos de denegación de asistencia del art. 196, cuando por el estado de salud del paciente, ya no sea posible su mejoría o la agravación de su condición; corriendo igual suerte respecto del art. 195 CP<sup>979</sup>, al tratarse de un delito de omisión que requiere un resultado de peligro concreto<sup>980</sup>. Pese a ello, algunos autores consideran viable imputar la denegación sanitaria en los supuestos en los que conforme los conocimientos y capacidades concretas del

---

<sup>977</sup> GÓMEZ PAVÓN, P.: Tratamientos médicos: Su responsabilidad penal y civil, 3.<sup>a</sup> edición, Ed. Bosch, Madrid. 2013, p. 635.

<sup>978</sup> GÓMEZ PAVÓN, P.: Tratamientos médicos: Su responsabilidad penal y civil, 3.<sup>a</sup> edición, Ed. Bosch, Madrid. 2013, p. 350. En este sentido *vid.* ESCOBAR JIMÉNEZ, R.: “De la omisión del deber de socorro”, en SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (coord.), *Código Penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*, Ed. Comares, Granada. 1998, p.1092 y s.

<sup>979</sup> HUERTA TOCILDO, S.: Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 1997, pp. 67 y s. Inclusive esta autora niega la posibilidad de imputar estas conductas como omisión del deber de socorro genérica, sugiriendo encausarlas por el art. 412.3 CP (denegación de auxilio) de tratarse de un profesional que pertenezca al ámbito de la sanidad pública.

<sup>980</sup> No obstante, la autora deja abierta la puerta para encausar dichas conductas por omisión del deber de socorro (art. 195 CP) o por denegación de auxilio (art. 412.3 CP) según fuere el caso, *vid.* HUERTA TOCILDO, S.: Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 1997, pp. 91 y s. Sobre la solución a la que llega esta autora, MORENO-TORRES HERRERA M.: El delito de desatención sanitaria, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2013, p. 89, elogia dicho posicionamiento por guardar coherencia desde la visión de un delito de peligro concreto, considerando que en tal razón cabría hablar de «tentativa» en los casos en que por las circunstancias del paciente no se pudiese parar el proceso de incremento del riesgo o disminuir el riesgo existente, ya que la denegación de asistencia representaría una acción peligrosa desde la visión de un espectador objetivo *ex ante*, aunque a posteriormente se pueda constatar la falta de ponderosidad del resultado.

profesional, mediante la acción a la que viene obligado, le hubiese sido posible evitar o disminuir el riesgo causante del resultado<sup>981</sup>, que de llegar a concretarse se atribuiría a su omisión<sup>982</sup>. De esta manera, al aparecer se podría dar solución a los supuestos en los que por la condición del paciente no sea posible evitar o agravar el riesgo para la salud<sup>983</sup>.

Así las cosas, conforme lo revisado hasta aquí, se puede aseverar que el riesgo no se origina a partir de la desatención, lo que ocurre es que no hay interrupción del riesgo (aunque sea leve) en proceso, pudiendo incrementar el ya existente. La desatención lo que hace es no evitar, pudiendo hacerlo, que la enfermedad preexistente se agrave, lo cual haga posible la imputación de la conducta dolosa del profesional sanitario conforme el art. 196, independientemente de que éste desconozca *ex ante* a la denegación de que el auxilio sanitario que dada las condiciones del convaleciente la asistencia sería infructuosa, un dato sólo verificable *a posteriori*.

Las soluciones difieren atendiendo a los planteamientos formulados *supra*, a saber: a) *Imposibilidad de agravación de la enfermedad padecida por el paciente*, en cuyo caso, habrá que tomar en consideración que el incremento del riesgo no puede producirse; no obstante, cabría considerar que, con la asistencia oportuna se habría podido disminuir el riesgo que ya existía. En consecuencia, de catalogarse a este delito como de peligro abstracto, deberá declararse impune dicha conducta por faltar la condición objetiva de punibilidad, es decir, la imposibilidad del incremento del riesgo para la salud del paciente. Por otro lado, de considerar el art. 196 CP como un delito de peligro concreto, habrá que catalogarla conducta omisiva como tentativa, esto en

---

<sup>981</sup> BACIGALUPO ZAPATER, E.: Principios del Derecho penal. PG, 5ª edición, Ed. Akal/Lure, Madrid, 1998, p. 403.

<sup>982</sup> En este sentido JESCHECK, H. y WEIGEND, T.: Tratado de Derecho Penal. PG, trad. OLMEDO CARDENETE, M., 5.ª edición, Ed. Comares, Granada. 2002, p. 666 y s.

explica que si bien no se puede exigir la plena certeza en la causalidad del resultado en la omisión, se exige «una probabilidad rayana en el seguridad», *v.gr.* “con ocasión de un incendio rechaza lanzar a sus hijos desde el ático a los brazos del personal de socorro situado debajo, causa la muerte por abrasamiento de aquéllos si de este modo hubieran salvado con seguridad sus vida”.

<sup>983</sup> GÓMEZ PAVÓN, P.: Tratamientos médicos: Su responsabilidad penal y civil, 3.ª edición, Ed. Bosch, Madrid. 2013, p. 351.

razón de que el conocimiento de la ineficacia de la asistencia sólo es comprobable *ex post*, y por consiguiente, son datos no conocidos por el omitente sino después de la denegación; y b) *Imposibilidad de mejora del paciente*, en este supuesto se hace conveniente destacar que si bien no se puede esperar una disminución del riesgo es posible su agravación. Con estos antecedentes, de considerar el art. 196 CP como un delito de peligro abstracto, la inasistencia del profesional sanitario será típica al igual que de entender a este delito como de peligro concreto, pues a más de concurrir todos los requisitos del tipo es perfectamente imaginable que el riesgo para la salud se incremente hasta su agravación<sup>984</sup>.

## 7. Elemento subjetivo: denegación dolosa de la asistencia sanitaria

El legislador ha querido que este delito se cometa únicamente de forma dolosa<sup>985</sup>, quedando excluido la comisión imprudente<sup>986</sup>. En este sentido algunos autores sostienen que al no estar tipificada la modalidad imprudente en esta clase de delitos, el legislador ha conseguido que el error de tipo vencible e invencible sea un instrumento dogmático que fomentaría la impunidad de algunas conductas omisivas relacionadas con la denegación de asistencia y el abandono de los servicios sanitarios<sup>987</sup>. Así las cosas, la doctrina se ha centrado en establecer la existencia de dolo en la norma penal en estudio cuando el profesional sanitario desconozca *ex ante* a la omisión que su asistencia será ineficaz debido a la imposibilidad de mejora en el enfermo. En contrario, no se apreciará dolo cuando el profesional tenga un conocimiento

<sup>984</sup> GÓMEZ TOMILLO, M.: Responsabilidad penal de los profesionales sanitarios: Artículo 196 del Código penal, Ed. Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, D.L., Valladolid. 1999, p. 63, destaca al riesgo como una exigencia indispensable para la persecución de la conducta conforme el art. 196 CP.

<sup>985</sup> Refiriéndose a este delito como una infracción del deber de cuidado, *vid.* STS de 16 de febrero de 1996 (ROJ 993/1996) (Pte. Conde-Pumpido Tourón).

<sup>986</sup> Conforme el sistema *numerus clausus* de delitos inaugurado en el CP español de 1995.

<sup>987</sup> PORTILLA CONTRERAS, G.: "La omisión del deber de socorro", en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. (coord.), *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2001, p. 1692. También, HUERTA TOCILDO, S.: Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 1997, pp. 94 y s; COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.: "La omisión del deber de socorro", en *Derecho Penal. PE II*, Ed. Servicio publicaciones facultad de derecho, Madrid. 1997, p. 25; GÓMEZ PAVÓN, P.: "La responsabilidad del médico por omisión", en *PJ* núm. 40, 1995, pp. 299 y s.

fehacientemente que la asistencia será innecesaria dada las condiciones de salud del convaleciente, lo que inevitablemente conllevará un resultado hipotético de lesión o pérdida de la vida. Así las cosas, pese a que deontológicamente tal solución resulte inapropiada máxime que la mejoría resulta imposible, no es despreciable imaginar la posibilidad de evitar mayores sufrimientos y dolores en el convaleciente. No obstante, desde el ámbito jurídico-penal dicha situación quedaría al margen del art. 196 CP; llegándose a considerar que el dolo deriva del conocimiento que el profesional sanitario posea sobre la situación de riesgo para el paciente. En este sentido, habrá dolo cuando “se conoce la necesidad o solicitud de asistencia, el riesgo grave para la salud caso de no prestarla, la capacidad para entender dicha solicitud, así como la obligación de hacerlo y, a pesar de ello, no se presta la asistencia o se abandona el servicio”<sup>988</sup>. Siendo más explícita, GÓMEZ RIVERO explica que el dolo debe ir referido al conocimiento y voluntad de la conducta denegatoria; es decir “a una actitud que determina la ausencia de cobertura asistencial, bien sea ante un requerimiento concreto, bien ante la eventualidad de que se produzca”<sup>989</sup>, considerando el riesgo grave para la salud del paciente como una condición objetiva de punibilidad cuya función es determinar las conductas que por su gravedad merecen el reproche penal. En definitiva, conforme la doctrina la conducta dolosa a la que alude el tipo penal del art. 196 radica en que, pese a que el profesional sanitario conozca la delicada situación del convaleciente y que con su denegación de asistencia se pueda originar un riesgo grave para la salud, por medio de un acto voluntario decide no prestarla<sup>990</sup>. Situación que si bien puede concurrir (al menos con dolo eventual) creemos que difícilmente podría concretarse. En este sentido, HUERTA TOCILDO considera poco asumible el imaginar una conducta imprudente que represente denegación de asistencia sanitaria, pero sí el error acerca de la necesidad de prestarla. De

<sup>988</sup> GÓMEZ PAVÓN, P.: Tratamientos médicos: Su responsabilidad penal y civil, 3.<sup>a</sup> edición, Ed. Bosch, Madrid. 2013, p. 344.

<sup>989</sup> GÓMEZ RIVERO, M.<sup>a</sup> C.: La responsabilidad Penal del Médico, 2.<sup>a</sup> edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2008, p. 638.

<sup>990</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: “De la omisión del deber de socorro”, en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (dir.) y JORGE BARREIRO, A. (coord.), Comentarios al Código penal, Ed. Civitas, Madrid. 1997, p. 561; PORTILLA CONTRERAS, G.: “La omisión del deber de socorro”, en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. (coord.), *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2001, p. 1692.

esta manera el profesional que no presta asistencia inmediata a un paciente conector de la imposibilidad de agravamiento del riesgo para la salud, siendo que la asistencia médica resultaría infructuosa “en nada afectaría a su conocimiento de que ha denegado la asistencia solicitada ni a su voluntad de denegarla”, calificando dicha conducta como dolosa. Sin embargo, se hace hincapié en que hablar de un error vencible sería muy poco convincente al tratarse de señales manifiestas que denotan con facilidad la gravedad del riesgo para la salud, circunstancias detectables por cualquier colega diligente e inclusive por cualquier profesional cuidadoso<sup>991</sup>; razón por la cual, lejos de apreciar un error vencible la autora tilda a dicha conducta como una «absoluta despreocupación», llegando a considerar por lo menos dolo eventual<sup>992</sup>.

De esta manera según la autora la determinación del dolo radica en la obligación del deber de actuar con independencia de la posibilidad de causar el riesgo grave para la salud. Así las cosas, colateral a la doctrina, la jurisprudencia ha tenido la oportunidad de examinar supuestos relacionados con la inasistencia sanitaria llegando a calificarlos como «infracción del deber de cuidado». En este sentido, la STS de 16 de febrero de 1996, explica que no se comete delito de denegación de auxilio sin la concurrencia de “una negativa deliberada, la falta de respuesta se deba a la valoración profesional del funcionario, estimando razonablemente que, bien el tiempo transcurrido, bien por la naturaleza del motivo que generaba el aviso, bien por haberse producido cuando existían otras posibilidades de atención alternativas, o bien por el conjunto de dichas circunstancias u otras razonablemente entendibles, ya no se hace necesaria o urgente su intervención. En estos supuestos podría hablarse de una infracción del deber de cuidado [...] si la valoración del médico pudiese ser tachada de negligente”<sup>993</sup>.

En este estado del análisis es palpable que las diversas opiniones de la doctrina guardan coincidencias como inconsistencias. No obstante,

<sup>991</sup> Lo que MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: Derecho Penal. PG, Ed. Tirant lo Blanch, 9.ª edición, Valencia. 2015, p. 284, denomina «valoración en la esfera del profano».

<sup>992</sup> HUERTA TOCILDO, S.: Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 1997, pp. 94 y s.

<sup>993</sup> STS de 16 de febrero de 1996 (ROJ 993/1996) (Pte. Conde-Pumpido Tourón).

entendemos que el legislador al tipificar la denegación de asistencia sanitaria como dolosa (art. 196 CP), seguramente quiso evitar que una persona que pese a que el riesgo para su salud aún no se vea comprometido, con la denegación de asistencia el peligro de lesión al bien jurídico se concrete. De ahí que dicho delito contemple la modalidad dolosa, si pese a que el profesional sanitario tiene conocimiento de las complicadas condiciones del necesitado de auxilio, aun así deniega la asistencia, indudablemente que su conducta será dolosa. Responsabilidad devenida de la actitud despreocupada ante la situación generadora del deber de actuar, siendo fundamental a efectos de evitar incurrir en una conducta reprochable a nivel penal examinar y ponderar sobre las reales condiciones de emergencia y la necesidad imperiosa de prestar la asistencia requerida sin dilación alguna, por lo que se tomarán en consideración parámetros como: si el tratamiento solicitado está objetivamente indicado<sup>994</sup>, la capacidad de actuar y necesidad de intervención<sup>995</sup>, entre otros. De esta manera, se facilitará el acotar los supuestos de desatención dolosa proporcionando un mejor sustento material a la infracción penal, y de esta manera evitar acrecentar el radio de imputación a conductas que distan de tener relación con el dolo<sup>996</sup>.

## 8. Penalidad: artículo 196 y artículo 195 del Código penal

La remisión que el art. 196, realiza al art. 195 CP, a efectos de la imposición de pena aplicable, constituye una razón más para quienes defienden que el art. 196 CP es un tipo agravado<sup>997</sup>. Así, en la parte pertinente el art. 196 CP establece: “será castigado con las penas del artículo precedente

<sup>994</sup> Vid. STSJ de Andalucía de 10 de marzo de 2000 (ROJ 3862/2000) (Pte. Garvín Ojeda)

<sup>995</sup> Vid. STS de 28 de enero de 2008 (ROJ 711/2008) (Pte. Martín Pallín)

<sup>996</sup> Respecto del dolo en la omisión de socorro, la STS de 11 noviembre de 2004 (ROJ 7283/2004) (Pte. Martínez Arrieta) explica “La existencia de dolo se ha de dar como acreditada en la medida en que le sujeto tenga conciencia del desamparo y del peligro de la víctima, bien a través del dolo directo, certeza de la necesidad de ayuda, o eventual, en función de la probabilidad de la presencia de dicha situación, pese a lo cual se adopta una actitud pasiva”.

<sup>997</sup> Entre los que tenemos a PORTILLA CONTRERAS, G.: “La omisión del deber de socorro”, en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. (coord.), *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2001, p. 1694. En contra considerando como un delito autónomo vid. GARCÍA SANZ, J.: “Responsabilidad penal por denegación de asistencia sanitaria”, en *Actualidad Penal*, núm. 30, 23 al 29 de julio de 2001, p. 5.

en su mitad superior y con la inhabilitación especial para el empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de seis meses a tres años”. Así las cosas, los problemas que han surgido a manera de debate en la doctrina (mínimamente comentado) radican en si la remisión que se hace en relación a las penas comprende únicamente las establecidas en el primer numeral o por el contrario si dicha remisión se debe entender realizada a cada subtipo del mencionado art. 195 CP. Siendo así, de acuerdo con algún autor, se estaría construyendo otras modalidades del art. 196<sup>998</sup>, ya que ambos artículos (196 y 195) guardarían similitud respecto al comportamiento omisivo típico, diferenciándose, en que el riesgo grave para la salud que exige el art. 196 CP, resulta de la denegación de asistencia o abandono de los servicios sanitarios. En este sentido, hay quienes aseveran que dicha remisión obedece únicamente al tipo básico del art.195.1 CP, descartando sus otros subtipos<sup>999</sup>. HUERTA TOCILDO justifica esta concreta remisión (art. 195.1 CP) por el mayor contenido de lo injusto del comportamiento en relación a la desatención del *profesional sanitario* frente a la realización de esa misma conducta omisiva por un particular cualesquiera. Lo que por otra parte se sostiene que la «acción exigida» a las *personas especialmente responsables* de evitar riesgos para la vida y la salud no se haga esperar al momento en que dichos bienes jurídicos se encuentren ya amenazados por un *peligro manifiesto y grave*<sup>1000</sup>. Al respecto pensamos que dicha remisión tendría asidero estrictamente con la pena, al ser el art. 196 un tipo que se complementa con el 195 CP, en razón de que la configuración de los tipos penales de los referidos artículos (195 y 196 CP) guardan sus propias características<sup>1001</sup>.

Allende a lo anterior, con independencia de lo anotado, la doctrina no ha descartado que con la remisión de pena que se hace al art. 195 CP, posibilite la inclusión de sus subtipos, esto es, los supuestos en los que el profesional

<sup>998</sup> GÓMEZ TOMILLO, M.: Responsabilidad penal de los profesionales sanitarios: Artículo 196 del Código penal, Ed. Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, D.L., Valladolid. 1999, p. 48.

<sup>999</sup> En este sentido GARCÍA SANZ, J.: “Responsabilidad penal por denegación de asistencia sanitaria”, en *Actualidad Penal*, núm. 30, 23 al 29 de julio de 2001, p. 25.

<sup>1000</sup> HUERTA TOCILDO, S.: Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 1997, p. 103.

<sup>1001</sup> Entre las concluyentes: el sujeto activo, las condiciones del riesgo en la víctima, etc.

sanitario que sin poder prestar su asistencia personalmente omite requerirla con carácter urgente de otro profesional (art. 195.2 CP); así como el profesional que denegase o abandonase los servicios sanitarios cuando de manera previa hubiese ocasionado un grave peligro para la salud de manera fortuita o imprudente (art. 195.3 CP)<sup>1002</sup>.

Respecto al primer planteamiento (art.195.2 CP) pese a que en la práctica podrían suscitarse estos supuestos, *v.gr.* el ginecólogo que se encuentra prestando servicio de guardia y que pese a tener conocimiento de la solicitud de auxilio de una parturienta que se encuentra en su domicilio, decide no abandonar el hospital por estar impedido reglamentariamente, falleciendo el niño por una hemorragia intracraneal obstétrica por doble circular del cordón umbilical<sup>1003</sup>. En este orden de cosas, parte de la doctrina rechaza que la referencia de la pena al art. 195 CP, implique automáticamente subsumir la conducta al segundo apartado de dicha norma penal<sup>1004</sup>. GÓMEZ TOMILLO, partiendo de esta negativa (relaciona el art. 196 CP con el 195.2 CP), estima posible encasillar la omisión de requerimiento de ayuda de terceras personas en la denegación de asistencia sanitaria<sup>1005</sup>. Pese a ello, minimiza este análisis, aseverando que la pena contemplada en el art. 195.1 CP (omisión genérica) sería la misma establecida en su segundo apartado<sup>1006</sup>; es decir, resultaría

---

<sup>1002</sup> Un claro ejemplo sería cuando el profesional aplica un tratamiento o un diagnóstico médico equivocado y posteriormente se niega a llevar a cabo la asistencia médica de la que viene obligado.

<sup>1003</sup> STS de 19 de diciembre de 1981 (ROJ 4751/1981) (Pte. Cotta Marqués de Prado); también la STS de 22 de octubre de 2015 (ROJ 4374) (Pte. Palomo del Arco) en la que un médico se niega a salir a prestar asistencia a una persona que se encontraba inconsciente a pocos metros del hospital donde laboraba dicho profesional, aduciendo que no podía abandonar la casa de salud por tener a cargo a otros pacientes y porque las normas administrativas lo impedían.

<sup>1004</sup> En este sentido, *vid.* ESCOBAR JIMÉNEZ, R.: “De la omisión del deber de socorro”, en SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (coord.) *Código Penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*, Ed. Comares, Granada. 1998, p.1094.

<sup>1005</sup> En este sentido MOLINA FERNÁNDEZ, F.: “Omisión del deber de socorro y omisión de asistencia sanitaria”, en BAJO FERNÁNDEZ, M. (dir.) *Compendio de Derecho penal. PE*, t. II, Madrid. 1998, p. 180, fundamenta dicha denegación en la creación de un «silencio» que signifique el desamparo de la persona.

<sup>1006</sup> GÓMEZ TOMILLO, M.: Responsabilidad penal de los profesionales sanitarios: Artículo 196 del Código penal, Ed. Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, D.L., Valladolid. 1999, pp. 49 y s. Considerando la posibilidad de remisión de pena a los demás apartados del art. 195 CP, *vid.* GARCÍA ALBERO, R.: “Artículo 196”, en QUINTERO OLIVAREZ, G. (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Código Penal*, Ed.

infructuoso tener que relacionar el art. 196 CP con el numeral 2 del 195 CP respecto a no haber solicitado ayuda de terceras personas, siendo suficiente con la remisión de pena que ya contempla el art. 196 CP, por ser la misma pena la del art. 195.1 CP en relación a su segundo numeral. Así las cosas, consideramos que la omisión de solicitar dicho auxilio cuando personalmente no se la pueda prestar, constituiría sin duda un acto de denegación de asistencia sanitaria. No obstante, sería inviable su incriminación por el art. 196, al requerir que el riesgo grave se origine de la falta de asistencia a diferencia del art. 195.2 CP, donde dicho riesgo debe ser manifiesto y grave, es decir, que sea preexistente a la omisión de socorro.

En relación al segundo planteamiento (la vinculación del art. 196 CP con el 195.3 CP) pese a la negativa manifestada por gran parte de la doctrina, hay quienes no descartan esta posibilidad<sup>1007</sup>, viable sólo si se está a la literalidad del art. 196 CP (que no ofrece mayores presiones). No obstante, conforme a HUERTA TOCILDO, se estaría vulnerando el principio de proporcionalidad al castigar más gravemente lo menos grave<sup>1008</sup>, en clara alusión a las penas de los artículos 195.1 y 196, respecto de las contenidas en el 195.3 CP. De esta manera, relacionar el art. 196 CP con el 195.3 CP, según GÓMEZ TOMILLO significaría confundir dos ámbitos bien definidos, esto es: el tipo y la pena. Prueba de ello, es que el art. 196 CP no exige un actuar precedente de carácter fortuito o imprudente, requisito que el art. 195.3 CP, sí que lo exige. Pero pese a la negativa, en la práctica pueden ser palpables los supuestos en que el profesional deniegue asistencia luego de haber ocasionado un grave riesgo para la salud, por ejemplo, a consecuencia de un erróneo tratamiento,

---

Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona. 2016, p. 426. En contrario, *vid.* HUERTA TOCILDO, S.: Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 1997, p. 104.

<sup>1007</sup> Dicha consideración estaría basada en la confluencia de las mismas situaciones típicas; no obstante, la prevalencia del art. 196 CP imbricaría en razón de la especialidad del precepto en relación al art. 195.3, cfr. GARCÍA ALBERO, R.: "Artículo 196", en QUINTERO OLIVAREZ, G. (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Código Penal*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona. 2016, pp. 426 y s.

<sup>1008</sup> Tomando en consideración que el delito contemplado en el art. 195.3 CP establece penas de prisión y multa al que ha creado una situación de peligro, a diferencia del art. 195.1 y 196 CP, castigando conductas que obedecen a un no actuar frente a una situación de peligro originada por culpas ajenas al sujeto activo, esto es, no se exige un actuar precedente de naturaleza fortuita o imprudente como lo establece el art. 195.3 CP.

un diagnóstico equivocado, entre otros. En cuyo caso, la concurrencia de doble omisión sería evidente, lo que podría ocasionar un concurso de delitos entre el art. 196 CP y 195.3 CP; empero, HUERTA TOCILDO zanja esta disyuntiva subsumiendo el supuesto en el art. 195.3 CP<sup>1009</sup>. Frente a este planteamiento, algún autor considera conveniente desde la óptica político-criminal, e inclusive como una propuesta de *lege ferenda*, establecer un tipo agravado para la desatención y abandono sanitario cuando previamente el profesional haya causado el riesgo grave de manera fortuita o imprudente. Para llegar a esta conclusión, se parte de quien ha generado un peligro tiene un deber intensificado de evitar la producción del resultado. Así las cosas, no habría razón para que el profesional sanitario, luego de poner en grave riesgo la salud del paciente (intensificando su deber de auxilio) y posteriormente omite prestar la asistencia necesaria, no se le pueda considerar sujeto activo del 195.3 CP, ya que encasillar dicha conducta en el art. 196 CP, resultaría insuficiente debido al grado de injusto. Así las cosas, GÓMEZ TOMILLO, resuelve esta temática basado en el principio de alternatividad (art. 8.4 CP) con lo cual se aplicará la norma penal que contenga la pena más grave<sup>1010</sup>.

Sin duda, nos parece que, si ya de por sí resulta cuestionable la remisión de pena que el art. 196 hace al primer apartado del 195 CP, entender que la conducta omisiva del profesional sanitario pueda verse subsumida en el apartado tercero del último artículo en mención, a nuestro parecer la incompatibilidad de dicha remisión obedecería a los requisitos exigidos por cada tipo penal. Cuando argumentamos esto, hacemos referencia, por ejemplo, a la exigencia de un riesgo grave anterior al acto omisivo requerido por el art. 195 CP; y el aspecto de más calado radica en que acogiendo esta posibilidad se estaría construyendo una modalidad agravada para la denegación y abandono de los servicios sanitarios precedida de un actuar fortuito o imprudente; situación inviable si tomamos en consideración que el legislador no

---

<sup>1009</sup> HUERTA TOCILDO, S.: Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 1997, pp. 103 y ss.

<sup>1010</sup> Entendiendo como pena más grave la privación de libertad, vid. GÓMEZ TOMILLO, M.: Responsabilidad penal de los profesionales sanitarios: Artículo 196 del Código penal, Ed. Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, D.L., Valladolid. 1999, pp. 152 y ss.

ha previsto estas modalidades en la configuración del artículo en estudio. Finalmente, coincidimos con MORENO-TORRES HERRERA, en que tras el actuar imprudente del profesional sanitario, se omite asistir al paciente para controlar el grave riesgo ocasionado (acentuando su posición de garante) no habría impedimento para considerar su inacción en comisión por omisión<sup>1011</sup>.

## 9. Posible concurso con otras figuras delictivas

De acuerdo a lo examinado en líneas precedentes la referencia de la pena a la que hace el art. 196 CP al art. 195 CP, no resulta para nada baladí. No obstante, la configuración del art. 196 en relación a otras figuras delictivas contenidas en el Código penal español, no es menos preocupante y hasta cierto punto confuso establecer si conforme los elementos del tipo penal estamos ante un conflicto de normas o conforme lo esgrimen algunos autores ante un concurso de delitos. Asunto que podrá solventarse identificando la naturaleza del delito en cuestión, el bien jurídico protegido, así como su característica individual o colectiva. En este sentido, la denegación de asistencia sanitaria del profesional podrá propiciar el análisis de varias figuras delictivas entre las cuales, por tener mayor incidencia con el art. 196 CP, es conveniente establecer algunos parámetros.

<sup>1011</sup> En este sentido con referencia de autores a favor y en contra, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, J.: “La responsabilidad penal del médico por omisión”, en *La Ley*, núm. 1, 1987, pp. 955 y ss. En este sentido PORTILLA CONTRERAS, G.: “La omisión del deber de socorro”, en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. (coord.), *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2001, p. 1693. FARALDO CABANA, P., en BRANDARIZ GARCÍA, J. y FARALDO CABANA, P. (coord.): “La omisión del profesional sanitario: Los delitos de omisión del deber de socorro y denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios”, en *Responsabilidad penal del Personal Sanitaria*, Ed. netbiblo, Coruña. 2000, p.150, condiciona la comisión por omisión de cuya conducta omisiva por parte del profesional sanitario se derive la muerte o lesiones en el paciente, mediante los siguiente requisitos: “a) que ha asumido el cuidado y tratamiento de un paciente concreto, en circunstancias tales que excluyan *a priori* toda iniciativa por parte de éste de ponerse bajo el cuidado de otra persona igualmente cualificada; b) que la muerte o las lesiones sufridas por el paciente tienen su origen en la conversión de un riesgo menos grave en otro grave a raíz de la conducta omisiva, que ulteriormente se concreta a su vez en la lesión de la vida o la salud; c) que dicho resultado de muerte o lesiones hubiera podido evitarse de haber prestado el comitente la debida asistencia; d) que respecto al resultado de muerte o lesiones concurre dolo o imprudencia por parte del omitente. Obsérvese que el objeto del conocimiento necesario para afirmar la presencia de dolo o de imprudencia no es la mera posibilidad de causación de un riesgo grave para salud, sino más específicamente la posibilidad de que el paciente desatendido muera o sufra lesiones”. En este sentido *vid.* GÓMEZ PAVÓN, P.: *Tratamientos médicos: Su responsabilidad penal y civil*, 3.ª edición, Ed. Bosch, Madrid. 2013, p. 342.

### 8.1. Concurso de leyes del artículo 196 con el artículo 412.3 del Código penal

El art. 412.3 CP estipula “La autoridad o funcionario público que, requerido por un particular a prestar algún auxilio a que venga obligado por razón de su cargo para evitar un delito contra la vida de las personas, se abstuviera de prestarlo, será castigado con la pena de multa de dieciocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis meses”. Como se puede apreciar, la tipificación de este delito al igual que el art. 196 CP, tiene la peculiaridad como sujeto activo al funcionario público<sup>1012</sup>. De ahí que algunos autores resuelven esta relación mediante el principio de «especialidad» en favor de la norma antes referida, y otros, solventan esta colisión con el principio de «alternatividad». Respecto a la primera de las soluciones (principio de especialidad<sup>1013</sup>) PORTILLA CONTRERAS, considera la aplicación del art. 196, como norma especial respecto del 412.3 CP, tomando como punto de referencia lo peculiar del sujeto activo (profesional), la mayor gravedad de la sanción y el bien jurídico protegido; que en el caso del artículo en estudio (196 CP) se trataría de la salud y la vida, bienes que prevalecerán respecto del servicio que la Administración debe a sus ciudadanos, como bien tutelado al que persigue el art. 412.3 CP<sup>1014</sup>. En realidad dado que el sujeto activo tanto en el art. 196 como en el 412.3 CP puede recaer sobre funcionario público, habría que plantearse si pese a la denegación de asistencia sanitaria de no llegara

<sup>1012</sup> Sin embargo, siendo doctrina mayoritaria el que se trate de un concurso de normas, autores como GARCÍA SANZ, J.: “Responsabilidad penal por denegación de asistencia sanitaria”, en *Actualidad Penal*, núm. 30, 23 al 29 de julio de 2001, p. 25, considera que se estaría ante un concurso de delitos, marcando una diferencia entre el art. 196 respecto al art. 412.3 del Código penal.

<sup>1013</sup> Artículo 8.1 CP “El precepto especial se aplicará con preferencia al general”

<sup>1014</sup> PORTILLA CONTRERAS, G.: “La omisión del deber de socorro”, en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. (coord.), *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2001, p.1693. Es pertinente aclarar que el autor hace referencia genéricamente al art. 412, no obstante, creemos como más acertado hacer referencia directa al numeral tercero del art. 142, por tener mayor similitud con las características del tipo penal en estudio, es decir, el art. 196 CP. Tomando partido por el principio de especialidad *vid.* GÓMEZ TOMILLO, M.: Responsabilidad penal de los profesionales sanitarios: Artículo 196 del Código penal, Ed. Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, D.L., Valladolid. 1999, pp. 93 y 94; HUERTA TOCILDO, S.: Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 1997, pp. 99 y s.

producirse el grave riesgo para la salud, dicha conducta cabría encausarla como denegación de auxilio del art. 412.3 CP<sup>1015</sup>, norma que no exige resultado para su consumación, bastando con la sola acción de denegación para que se configure el ilícito penal<sup>1016</sup>. En este sentido, la STS de 2 de octubre de 1989<sup>1017</sup>, haciendo uso del criterio de especialidad frente a otras normas penales que confrontaban con el tipo penal finalmente aplicado, hace prevalecer la denegación de asistencia de un médico de urgencias que pese al requerimiento expreso y acuciante para que se traslade al domicilio de una persona que presentaba graves síntomas de asfixia (a la postre perdiendo la vida) decide no abandonar su puesto de trabajo.

Para emitir el fallo, el alto Tribunal toma en consideración la especificidad del sujeto activo, la amplitud de actuación que ofrece su profesión, y la mayor gravedad de las penas. Sentado este precedente jurisprudencial, en contra de la aplicación del principio de especialidad,

---

<sup>1015</sup> Equivalente al art. 371 inciso tercero del Código penal de 1944/1973, que hacía constar: “En iguales penas incurrirá, respectivamente, el funcionario público que, requerido por un particular a prestar algún auxilio a que esté obligado por razón de su cargo para evitar un delito u otro mal, se abstuviere de prestarlo sin causa justificada”.

<sup>1016</sup> Considerando un concurso de delitos en razón de que ninguno de los delitos absorbe todo el desvalor de la conducta, vid. FARALDO CABANA, P.: La omisión del profesional sanitario: Los delitos de omisión del deber de socorro y denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios”, en BRANDARIZ GARCÍA, J. y FARALDO CABANA, P. (coord.), *Responsabilidad penal del Personal Sanitaria*, Ed. netbiblo, Coruña. 2000, p. 152 y s. En este sentido, entendemos que el art. 196 CP, no llegaría a abarcar el desvalor implícito del art. 412.3 CP, el cual radica en el correcto funcionamiento de la Administración Pública. En cualquier caso, de no llegar a aplicarse el art. 196 CP, no habría inconveniente para aplicar la otra norma penal en referencia.

<sup>1017</sup> STS de 2 de octubre de 1989 (ROJ 5000/1989) (Pte. Moner Muñoz) hace prevalecer el art. 371.3 del CP de 1944/1973 (equivalente al art. 196 del Código penal de 1995) que tipifica “...En iguales penas incurrirá, respectivamente, el funcionario público que, requerido por un particular a prestar algún auxilio a que esté obligado por razón de su cargo para evitar un delito u otro mal, se abstuviere de prestarlo sin causa justificada”; respecto de los artículos 338 bis y 489 bis del Código penal de 1944/1973, que para mejor comprensión transcribimos: Art. 338 bis. “El que pudiendo, con su intervención inmediata y sin riesgo propio o ajeno, impedir un delito contra la vida o que cause un grave daño, a la integridad, la honestidad o a la seguridad de las personas, se abstudiese voluntariamente de hacerlo, será castigado con la pena de arresto mayor o multa de 5000 a 10000 pesetas o con ambas penas”; art. 489 bis. “El que no socorriere a una persona que se hallare desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiese hacerlo sin riesgo propio ni de tercero, será castigado con la pena de arresto mayor o multa de 5000 a 10000 pesetas. En la misma pena incurrirá el que, impedido de prestar socorro, no demandare con urgencia auxilio ajeno. Si la víctima lo fuere por accidente ocasionado por el que omitió el auxilio debido, la pena será de prisión menor”.

RODRÍGUEZ MOURULLO<sup>1018</sup> considera que el conflicto de normas que pudiese suscitarse entre el art. 196 CP con otros tipos penales se resolvería atendiendo al principio de alternatividad<sup>1019</sup>; de esta manera, el precepto penal más grave excluirá a los que castiguen el hecho con pena menor, siendo que no se puede hablar de que un precepto pueda reproducir íntegramente todos los elementos del otro “sino de dos preceptos con campos de aplicación en principio distintos si bien con una zona común”<sup>1020</sup>.

## 8.2. Concurso del artículo 196 en relación al artículo 511.3 del Código penal

La importancia de destacar la posible relación concursal entre el delito en estudio y el art. 511.3 CP<sup>1021</sup> estriba en que en la práctica cotidiana médico-sanitaria, si bien puede resultar infrecuente los supuestos de posible denegación de asistencia por causas como las descritas en el referido precepto penal (raza, condición sexual, etc.) no es del todo descartable la concurrencia de los mismos. Los supuestos pueden ser múltiples, *v.gr.* el médico que deniega o retrasa la atención a un herido enfermo de VIH por temor al contagio, o el galeno que desempeñándose en un centro sanitario adscrito al sistema público de salud deniega la asistencia a una persona con la creencia de que es homosexual, cuando en realidad no lo es<sup>1022</sup>, o en su defecto, por razones de

<sup>1018</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: “De la omisión del deber de socorro”, en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (dir.) y JORGE BARREIRO, A. (coord.), Comentarios al Código penal, Ed. Civitas, Madrid. 1997, pp. 559 y 562.

<sup>1019</sup> Artículo 8.4 CP “...En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor”.

<sup>1020</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: “De la omisión del deber de socorro”, en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (dir.) y JORGE BARREIRO, A. (coord.), Comentarios al Código penal, Ed. Civitas, Madrid. 1997, p. 559.

<sup>1021</sup> Art. 511 del Código penal de 1995 “1. Incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años el particular encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, por razones de género, enfermedad o discapacidad [...] 3. Los funcionarios públicos que comentan alguno de los hechos previstos en este artículo, incurrirán en las mismas penas en su mitad superior y en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años”.

<sup>1022</sup> En este supuesto resulta indiferente el error sobre el motivo (homosexualidad) concertándose el tipo penal de todas formas.

índole racial. En este último caso, además de que la discriminación se efectúe en un servicio de carácter público, no sólo comprenderá el acto discriminatorio en concreto sino que dicha discriminación abarcará un trato distinto o peyorativo en razón de la procedencia de la persona<sup>1023</sup>; máxime que la medicina es una de las profesiones con relevancia social, y en consecuencia el sujeto activo podrá ser un particular o funcionario siendo este último caso propicio para la agravación de la pena<sup>1024</sup>.

Nuevamente, el componente común del sujeto activo (funcionario) pudiese concurrir tanto en el art.196 como en el 511.3 CP<sup>1025</sup>. Pese a esto, como hemos mencionado *supra*, para la consumación de este delito (art. 511.3) es suficiente con la mera denegación de la prestación sin que sea necesaria la producción del grave riesgo para la salud de las personas. Situación que en el art. 196 CP, constituye una condición de punibilidad. Pese a esto, de darse la denegación de asistencia sanitaria del art. 511 CP, resultando una afección a la salud del paciente, TAMARIT SUMALLA considera resolver estos supuestos en atención a las reglas del concurso ideal de delitos<sup>1026</sup>.

---

<sup>1023</sup> Todas las personas tienen derecho a un trato por igual, especialmente si se trata de órganos cuya función imbrica en la responsabilidad que poseen de proteger a las personas de cualquier riesgo de peligro, *vid.* VARONA GÓMEZ, D.: El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia, Ed. Comares, Granada. 2000, p. 254.

<sup>1024</sup> Con un análisis más profundo en cuanto a considerar los actos discriminatorios por razones de raza, *vid.* BORJA JIMÉNEZ, E.: Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho Penal, Ed. Comares, Granada. 1999, pp. 312 y ss. ALMELA VICH, Carlos: "La responsabilidad penal del médico y del cirujano", en *Revista del PJ*, núm. 48, 1997, hace depender la obligatoriedad de la asistencia médica en la relación médico-paciente, diferenciando dos supuestos: De tratarse del servicio público (Seguridad Social) el compromiso legal o contractual generaría la obligación para el profesional sanitario; en cambio, en el ámbito privado (Seguros privados), dicho deber estaría supeditado a la urgencia e inmediatez de la prestación, cabiendo la posibilidad de que el profesional la pueda negar.

<sup>1025</sup> Es de destacar que el sujeto activo del art. 511 se comprende por un particular como por un funcionario público (en el caso del numeral 3), operando un factor de agravación en este último caso a efectos de la pena.

<sup>1026</sup> TAMARIT SUMALLA, J.: "De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas", en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 10.<sup>a</sup> edición, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra. 2016, p. 1991.

### 8.3. Relación del artículo 196 del Código penal con el delito de homicidio y lesiones

Como quedó analizado *supra* al tratar el tipo penal del art.196, será autor activo el profesional que deniegue o abandone los servicios sanitarios y de cuya conducta se derive un grave riesgo para la salud. Así las cosas, conforme la estructuración de esta normativa, el profesional sanitario será garante de evitar la producción del riesgo grave conforme los requerimientos que exige este artículo; entre los cuales figura el estar obligado a prestar la asistencia requerida. Sin embargo ¿qué ocurriría en los supuestos en los que producto de la denegación y una vez originado el riesgo grave para la salud se ocasionen lesiones o pérdida de la vida? La cuestión escapa de ser baladí pues diversos son los posicionamientos en la doctrina<sup>1027</sup>. Algunos autores consideran que se estaría ante un concurso de normas catalogando al art. 196 CP como un delito de omisión de gravedad intermedia en concurso con el art. 11 CP como cláusula general de la comisión por omisión<sup>1028</sup>, y de esta forma posicionando al art. 196 como un tipo subsidiario del delito de lesión<sup>1029</sup>. Así, se afirma la posibilidad de establecer responsabilidad cuando la conducta del profesional sea de tal magnitud que los resultados devenidos de la concreción del grave riesgo producido, sean atribuibles en comisión por omisión<sup>1030</sup>. CARBONELL

<sup>1027</sup> En relación al elemento volitivo en el dolo, *vid.* MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: Derecho Penal. PG, Ed. Tirant lo Blanch, 9.ª edición, Valencia. 2015, p. 285, quien sostiene que es indiferente los móviles del autor para caracterizar el hecho como doloso.

<sup>1028</sup> ESQUINAS VALVERDE, P.: El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios. El artículo 196 del Código Penal, Ed. Comares, Granada. 2006, p. 565. También, HUERTA TOCILDO, S.: Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 1997, p. 93; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. y PÉREZ DEL VALLE, C., en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (dir.), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, t. II, Ed. Trivium, Madrid. 1997, p. 2307.

<sup>1029</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. y PÉREZ DEL VALLE, C., en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (dir.), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, t. II, Ed. Trivium, Madrid. 1997, p. 2307, p. 2312, establece la subsidiariedad del art 196 CP en la «intensidad del resultado».

<sup>1030</sup> Al respecto FARALDO CABANA, P.: “Omisión del deber de socorro. Especial referencia a la negativa al tratamiento médico”, en *Lecciones de Derecho Sanitario*, 1999, p. 538.

considera que, en cuanto se asuma la asunción fáctica por parte del profesional, los resultados lesivos se los tendrá que encaminar vía el art. 11 CP. Determinando los requerimientos de los delitos de comisión por omisión en su parte objetiva, GÓMEZ PAVÓN, P.: Tratamientos médicos: Su responsabilidad penal y civil, 3.ª edición, Ed. Bosch, Madrid. 2013, p. 342, establece: «a) situación típica; b) ausencia de la acción determinada; c) capacidad para realizarla; d) posición de garante; e) producción de un resultado y f) posibilidad de evitarlo». En este sentido también, ESQUINAS VALVERDE, P.: El delito de denegación de asistencia

MATEU, recuerda que el art. 196 CP persigue supuestos en los que se ocasione un riesgo grave producto de la desatención sanitaria; no obstante, de llegar a producirse un daño efectivo en la salud, dicho artículo sería desplazado por el posible delito de lesión<sup>1031</sup>. Esta valoración gira en torno a que algunos autores entienden al art. 196 como un delito de comisión cortado<sup>1032</sup>, el cual se situaría a medio camino entre la omisión pura y la omisión impropia<sup>1033</sup>, cuya finalidad, radica en dar respuesta penal a los casos en que no hay resultado de lesión sino de peligro. De ahí que el art. 196 CP quede absorbido por el delito de lesiones u homicidio siempre que el profesional se halle obligado jurídicamente a actuar.

Con una posición transversalmente diferente, COBOS GÓMEZ DE LINARES, considera que el trabajo del legislador en relación al art. 196 CP, peca de innecesario por la falta de aplicación<sup>1034</sup>; ya que “si la intención [...] era la de hacer un tipo *expreso* de homicidio o lesiones con autor de profesión sanitaria, se ha equivocado [*scil.* el legislador]”; en razón de que se podría sancionar la conducta del profesional sanitario mediante el art. 138 CP –delito doloso– tomando en consideración que el art. 11<sup>1035</sup> hace constar como fuente

---

sanitaria o abandono de los servicios sanitarios. El artículo 196 del Código Penal, Ed. Comares, Granada. 2006, p. 569.

<sup>1031</sup> Cfr. CARBONELL MATEU, J.: “Omisión del deber de socorro”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 5.ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2016, p. 271; el mismo en CARBONELL MATEU, J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.: “Omisión del deber de socorro”, en VIVES ANTÓN, T. (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, t. I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 1996, p. 989. En esta línea SOTO NIETO, F.: “¿La omisión del deber de socorro sanitario puede asegurarse?”, en *IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario*, 1997, p. 13.

<sup>1032</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.: En contra de esta acepción, *vid.* Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión. Las estructuras de los arts. 195.3 y 196 del Código penal”, en *Manuales de Formación Continuada*, núm. 4, 1999, p. 168.

<sup>1033</sup> Al respecto, JESCHECK, H. y WEIGEND, T.: *Tratado de Derecho Penal. PG*, trad. OLMEDO CARDENETE, M., 5.ª edición, Ed. Comares, Granada. 2002, p. 653, sugiere de manera más acertada la denominación de delito de omisión “simple” y “cualificado”.

<sup>1034</sup> En este sentido calificando el art. 196 CP como “inoperante”, *vid.* ESQUINAS VALVERDE, Patricia: El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios. El artículo 196 del Código Penal, Ed. Comares, Granada. 2006, p. 582.

<sup>1035</sup> Artículo 11 del Código penal de 1995 “Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el emitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

del deber de garantía a los contratos<sup>1036</sup> (que sería el caso de los profesionales sanitarios). No obstante, la crítica hecha por este autor se encamina a la falta de inclusión de la modalidad imprudente en el art. 196 CP<sup>1037</sup>.

En otra arista, constituyendo la parte minoritaria en la doctrina se entiende que existe un concurso ideal de delitos<sup>1038</sup>, pues como explica GÓMEZ RIVERO, el injusto penal del art. 196 CP en relación al injusto del eventual resultado lesivo que se ocasione (lesiones u homicidio) es diferente, siendo posible atribuir la responsabilidad al profesional por la concreta lesión sólo si la omisión del deber de socorro sea de aquellas conductas orientadas a causar la lesión<sup>1039</sup>. Dicha autora en aras de sostener la concurrencia del concurso ideal de delitos, hace los siguientes razonamientos: a) Al relacionar el art. 196 con el 195.3CP, destaca en este último la prevalencia de la omisión del deber de socorro pese haberse causado previamente a la conducta omisiva un accidente de manera imprudente, lesionando de esta forma a la persona. De esta manera al parecer el reconocimiento es implícito en favor del concurso de

<sup>1036</sup> Sin embargo, SILVA SÁNCHEZ, J.: “La responsabilidad penal del médico por omisión”, en *La Ley*, núm. 1, 1987, pp. 956 y s., con algunas referencias a otros autores, califica esta vinculación jurídica y por ende como fundamento de garantía respecto a la indemnidad del paciente, como insuficiente.

<sup>1037</sup> No obstante, el mismo COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.: “La omisión del deber de socorro”, en *Derecho Penal. PE II*, Ed. Servicio Publicaciones Facultad de Derecho, Madrid. 1997, p. 25, reconoce que de incluirse la modalidad imprudente, esta sería atípica; puesto que el art. 196 CP, lo que sanciona es la creación de un riesgo grave. En consecuencia, la imprudencia no sería sancionable al no existir un resultado concreto de lesión. En igual sentido, ESQUINAS VALVERDE, P.: El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios. El artículo 196 del Código Penal, Ed. Comares, Granada. 2006, pp. 282 y s., proponiendo de *lege ferenda* la inclusión de la comisión imprudente pese a reconocer la falta de lesividad que tendría respecto de los bienes jurídicos salud y la vida, además de conculcar con el Ordenamiento jurídico español que no sanciona los comportamientos imprudentes que no se acompañen de un resultado de lesión, vaticina poco éxito al art. 196 CP tal como está estructurado; también LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. y PÉREZ DEL VALLE, C., en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (dir.), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, t. II, Ed. Trivium, Madrid. 1997, p. 2309; PORTILLA CONTRERAS, G.: “De la omisión del deber de socorro”, en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Curso de Derecho Penal Español. PE*, t. I, Ed. Marcial Pons, Madrid. 1996, p. 390, advierte que la marginación de la imprudencia en el art. 196, acabaría convirtiendo al error de tipo vencible como invencible en un instrumento dogmático que originaría la impunidad de la negación de asistencia o del abandono de los servicios imprudentes.

<sup>1038</sup> GÓMEZ RIVERO, M.<sup>a</sup> C.: La responsabilidad Penal del Médico, 2.<sup>a</sup> edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2008, pp. 640, 641 y ss.; también, QUERALT JIMÉNEZ, J.: Derecho penal español. *PE*, 3.<sup>a</sup> edición, Ed. Bosch, Barcelona. 1996, p. 178; MUÑOZ CONDE, F.: Derecho Penal. *PE*, Ed. Tirant lo Blanch, 12.<sup>a</sup> edición, Valencia. 1999, p. 321.

<sup>1039</sup> GÓMEZ RIVERO, M.<sup>a</sup> C.: La responsabilidad Penal del Médico, 2.<sup>a</sup> edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2008, pp. 641.

delitos “puesto que si cuando se produce una lesión fuese exclusivamente aplicables los tipos que la contemplan, no tendría sentido tipificar en tales casos un delito de omisión pura”; b) el desvalor de las conductas (omisión del deber de socorro y lesiones u homicidio) guardan autonomía y diferente contenido en su desvalor; pues frente al injusto de la omisión del deber de socorro abarcado por el dolo del autor, el injusto de la lesión obedece normalmente a un tipo subjetivo distinto, esto es, el de un delito imprudente. Con independencia a estos razonamientos, la autora haciendo referencia a una de las conductas tipificadas en el art. 196 CP (abandono de los servicios sanitarios) hace notar el diferente tipo de injusto en relación con la posible lesión que pudiese sufrir el paciente; siendo que aquella (abandono) “no necesita materializarse en una situación de peligrosidad concreta; dicho de otro modo, su contenido de desvalor se independiza por completo de la persona que en cuestión haya resultado lesionada a consecuencia de dicha denegación”<sup>1040</sup>.

Un punto referencial de importancia en la doctrina para vincular la denegación de asistencia a la lesión que pudiese derivarse, radica en considerar que el omitente se encuentre en una posición de garante, lo que permita atribuirle responsabilidad por el resultado causado<sup>1041</sup>. A este respecto, conviene advertir, que los intentos de la doctrina por dejar sentado los fundamentos que justifiquen dicha calidad (garante) van desde aspectos sociológicos hasta jurídico-formales, lo que ha significado una tarea verdaderamente ingente para dicho sector científico. De ahí que no entraremos en mayor análisis para evitar desbordar la finalidad de este apartado, que por el contrario busca soluciones aplicables de manera específica al ámbito médico-sanitario que constituye el *leit motiv* de este trabajo; sin que ello signifique que cuando el caso lo amerite se tenga que recurrir a las principales propuestas en procura de establecer fundamentos coherentes o confirmando alguno de ellos, en aras de encontrar presupuestos que posibiliten responsabilizar al profesional ya no por el riesgo grave a la salud, sino por el eventual resultado de lesión que

---

<sup>1040</sup> *Ibidem.*, pp. 641 y ss.

<sup>1041</sup> *Vid.* ALMELA VICH, C.: “La responsabilidad penal del médico y del cirujano”, en *Revista del PJ*, núm. 48, 1997, p. 251.

vendrá de la mano de la posición de garante<sup>1042</sup>. Sin embargo, hay quien disiente con la idea de una garantía genérica para endilgar un resultado lesivo al sanitario. En este sentido SILVA SÁNCHEZ, explica que deberá existir un compromiso del profesional que constituya una barrera de contención del riesgo específico que amenaza al concreto bien jurídico. En palabras de este autor, se hace necesaria “una garantía cualificada”<sup>1043</sup>.

Pese a ello el problema radica determinar en qué casos puede entenderse que hay un compromiso o vínculo de tal magnitud que conlleve a asegurar que el profesional sanitario le correspondía asumir dicha garantía específica. Siendo más claros, cómo obtener una descripción más precisa de las posiciones de garante de las que se derive el deber de evitar el resultado<sup>1044</sup>. Al respecto, se hace necesario tener en cuenta que el art. 196 CP, establece una posición de garante de evitación de resultado de peligro y no de lesión. Así las cosas, los postulados para hacer responder al profesional por el resultado de lesión deberán proporcionar fundamentos lo suficientemente inequívocos para dejar claros los presupuestos de punibilidad, teniendo en cuenta que lo que caracteriza al delito impropio o de comisión por omisión imbrica en que el autor no se limita a la sola rebeldía, sino que mediante su inactividad realiza un resultado que en condiciones normales es ocasionado por un hacer positivo; esto es, una acción encaminada a la lesión del bien jurídico<sup>1045</sup>.

Sentado lo anterior, en referencia a que se habrá de buscar fundamentos en donde descansa la idea de endilgar los resultados lesivos al profesional sanitario, se hace imperioso repasar algunos postulados que la doctrina ha ido desarrollando. Como ya quedó anotado *supra*, uno de los fundamentos para establecer la posición de garantía en relación a la obligación

---

<sup>1042</sup> Al respecto, *vid.* SOTO NIETO, F.: “¿La omisión del deber de socorro sanitario puede asegurarse?”, en *IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario*, 1997, p. 13.

<sup>1043</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.: “La responsabilidad penal del médico por omisión”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 1987, pp. 959 y s.

<sup>1044</sup> JESCHECK, H. y WEIGEND, T.: *Tratado de Derecho Penal. PG*, trad. OLMEDO CARDENETE, M., 5.ª edición, Ed. Comares, Granada. 2002, p. 656.

<sup>1045</sup> *Ibidem.*, p. 652.

del profesional nacería de la ley y el contrato, mismos que en su momento fueron establecidos por FEUERBACH, sin conocer aún la distinción entre delito de omisión propia y el de omisión impropia<sup>1046</sup>. Pese a ello, a decir de algunos autores, estos resultarían insuficientes para determinar el deber de garante por parte del profesional sobre la premisa de que la ley y/o el contrato “no constituyen nunca el fundamento del deber de actuar, sino que simplemente son estructuras que dan un perfil más preciso a una determinada competencia existente (sea esta competencia por organización o competencia institucional) o que dejan constancia que se adquirido una determinada posición de la que emana un deber de garantía: la fuente jurídica formal es secundaria”<sup>1047</sup>. Aspecto que ha conllevado a la búsqueda de otras proposiciones en otros cimientos extra-legales, al considerar que la ley no puede proporcionar fundamentos completos para determinar las posiciones de garante. STÜBEL, a parte de la ley y el contrato como fuentes de garantía, propone la «injerencia»<sup>1048</sup> como presupuesto del deber de actuar, mismo que tendría oportunidad cuando una persona coloca a otra en una situación de la que no puede escapar con vida sin la ayuda de aquélla<sup>1049</sup>. KAUFMANN buscando fundamentos no formales para establecer las posiciones de garantía, hace una clara distinción de los presupuestos entre el delito de comisión por omisión y el

<sup>1046</sup> HUERTA TOCILDO, S.: Problemas fundamentales de los delitos de omisión, Ed. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, pp. 26 y ss.

<sup>1047</sup> PIÑA ROCHEFORT, J.: Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del Derecho penal, Ed. Bosch, Barcelona, 2005, pp. 406 y s; también, JAKOBS, G.: La imputación penal de la acción y de la omisión, trad. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., Ed. Universidad Externado de Colombia-Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá. 1996, pp. 23 y s., resalta la ilegitimidad de la ley para asegurar que el faltar al deber supone la equivalencia de injusto al de la comisión. Además, aclara que el contrato es la «voluntad (arbitrio) común» pero carece de carácter «universal». En este mismo sentido, restando valor a las posiciones formales del deber (ley, contrato y peligro de resultando consecuencia de un hecho anterior del omitente) y poniendo énfasis a la «teoría formal de las posiciones de garante», *vid.* BACIGALUPO ZAPATER, E.: Principios del Derecho penal. PG, 5ª edición, Ed. Akal/lure, Madrid, 1998, p. 397 y ss.

<sup>1048</sup> Considerando la injerencia y la asunción como formas de omisión equiparables a la comisión no necesitada de fundamento especial para su punición, *vid.* SANCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: “El delito de infracción del deber”, en ROBLES PLANAS, R. (dir.), *La responsabilidad en los «delitos especiales»*, Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires. 2014, p. 291.

<sup>1049</sup> STÜBEL, cit. HUERTA TOCILDO, S.: Problemas fundamentales de los delitos de omisión, Ed. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid. 1987, pp. 30 y ss. Se destaca en esta teoría, la poca claridad en la distinción del deber jurídico y las teorías causales. No obstante, se establece la necesidad de la antijuridicidad del actuar precedente para que se pueda considerar generador de la responsabilidad por el resultado no evitado.

de omisión pura, basados en dos circunstancias: a) la existencia de un mandato cuyo contenido específico fuese la evitación de lesiones o puesta en peligro de bienes jurídicos; y, b) la existencia de una relación especial y estrecha entre el sujeto obligado por el mandato y el objeto por él protegido; es decir, una posición del obligado que justifique la equiparación del omitir la evitación del resultado y la causación de este. Lo interesante de esta última postura estriba en que se comienza a buscar una razón material que trascienda el formalismo (ley y contrato) y que propicie la justificación tanto de los garantes que deberán proteger los bienes jurídicos contra todos los riesgos, como de aquellos garantes que controlarán las fuentes de peligro que podrían causar daños<sup>1050</sup>. Luego, con el propósito de dejar de lado los fundamentos de carácter netamente naturalísticos, se propicia la búsqueda de criterios que tengan asidero en el ámbito social. Es así que se establece la «cercanía social» o «proximidad social al bien jurídico» como fundamento material para determinar la posición de garante, cercanía entendida bajo la idea de estar colocado previamente cerca de alguien o de algo a manera de una relación social especialmente estrecha. Sin embargo, dicha cercanía no bastaría para establecer una posición de garantía, requiriendo que esa proximidad constituya un factor que viabilice la idea de peligro para ese alguien; de manera que, lejos de entender esa cercanía con la persona en riesgo, se pueda interpretarla cercanía en clave de «estar previamente colocado cerca del peligro»<sup>1051</sup>.

Frente a estos criterios, intentando equiparar las acciones con las omisiones, se trataron de afianzar fundamentos direccionados a supuestos que resultaban incuestionables, a saber: la madre que deja morir de inanición al lactante o del profesor de natación que de forma dolosa deja morir ahogado al alumno. Otro de los criterios con el que se trató de fundamentar la posición de garante, consistía en la idea de la «energía utilizada» de quien se convierte en figura central de la omisión (aquel que en la sociedad desarrolla una función de

---

<sup>1050</sup> Vid. PIÑA ROCHEFORT, J.: Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del Derecho penal, Ed. Bosch, Barcelona, 2005, pp. 407 y s.; también, HUERTA TOCILDO, S.: Problemas fundamentales de los delitos de omisión, Ed. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid. 1987, pp. 82 y s.

<sup>1051</sup> *Ibidem.*, pp. 86 y s. Sin embargo, la autora cataloga como un criterio inseguro, siendo insuficiente este criterio para fundamentar responsabilidad en comisión por omisión.

protección sobre el bien jurídico amenazado, de manera que el criterio último es la necesidad social); pretendiendo con esto y sumadas las circunstancias del hecho intentar equiparar la omisión con la acción. De esta forma el dato fáctico de un mayor requerimiento de energía para la acción debe contrapesarse con la valoración de la posición de garante del omitente, *v.gr.* el padre (posición que ostenta: función de protección del bien jurídico amenazado) requerirá mayor energía en el plano de la voluntad para omitir asistir a su hijo, a diferencia de una persona cualquiera en relación a un tercero<sup>1052</sup>. Así las cosas, conforme esta teoría, la posición de garante del profesional sanitario vendría afianzada bajo el argumento de que por la profesión le incumbiría en el desempeño de sus actividades emplear «mayor energía» que cualquier otro ciudadano común. Concepción que fundamentaría la posición de garante del profesional sanitario respecto de la salud y vida de la persona necesitada de asistencia.

### 8.3.1. El rol social como fundamento de la posición de garantía

Frente al abanico de opciones para fundamentar la condición de garante, es BÄRWINKEL quien desde el ámbito normativo sociológico, propuso la búsqueda de un fundamento que relacione la condición de garante. Según este autor, los bienes jurídicos podrán ser reconducidos desde la ética social llegando a deducir que dicha protección no sólo tiene incidencia de forma directa en el individuo, sino también de forma mediata en la colectividad<sup>1053</sup>, lugar de donde emerge la idea del bien común. De acuerdo a la concepción de este autor, se entendía que únicamente bajo determinadas condiciones era posible afirmar la responsabilidad por la no evitación de un resultado típico. Dentro de la estructura social cada una de las partes tiene adjudicada una función determinada (un *rol*), entendido como “la específica y parcial función del individuo dentro del grupo”<sup>1054</sup>. Para el referido autor, la incidencia del *rol*

<sup>1052</sup> PIÑA ROCHEFORT, J.: Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del Derecho penal, Ed. Bosch, Barcelona, 2005, p. 409 y s.

<sup>1053</sup> BÄRWINKEL cit. en HUERTA TOCILDO, S.: Problemas fundamentales de los delitos de omisión, Ed. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid. 1987, p. 112.

<sup>1054</sup> HUERTA TOCILDO, S.: Problemas fundamentales de los delitos de omisión, Ed. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid. 1987, p. 113.

con el injusto de los delitos omisivos impropios radica en que sólo serán tomadas en consideración aquellas conductas omisivas que contravengan los deberes provenientes del «rol social». De esto se puede inferir, que no todo aquel que omita evitar un resultado típico debe responder a título de comisión por omisión; pues el autor antes en referencia, atribuye responsabilidad a quienes tienen asignado un específico rol del que se origina un especial deber de actuar para evitar dicho resultado, y consecuentemente pueda ser considerado autor de un delito impropio. Sin embargo, ni el bien jurídico ni el *rol social* fueron suficientes para determinar la posición de garante como presupuesto del bien común. Es así que en mérito a esta insuficiencia, BÄRWINKEL incorpora un tercer elemento para precisar la interacción del bien jurídico y del rol social, esto es: las «circunstancias objetivas de valoración»<sup>1055</sup>.

De esta forma, para determinar si se trata de un delito omisivo impropio, se deberá identificar conforme el tipo de la parte especial, cuál es el bien jurídico protegido, para seguidamente verificar si el *rol social* del omitente es adecuado para relacionarlo con el bien jurídico tutelado. Finalmente, se tendrá que valorar si el cumplimiento del *rol* es necesario para la consecución del bien común. Si del resultado de este análisis conforme los parámetros antes esgrimidos se obtiene la concurrencia de una relación de garantía entre el omitente y el bien jurídico, podremos considerar que la omisión es punible en comisión por omisión<sup>1056</sup>.

Pese a lo expuesto, HUERTA TOCILDO considera que el *rol social* no acabaría de concretar la posición de garante. Conforme a esta autora, mientras persista el silencio legal respecto a la punición de los delitos omisivos impropios<sup>1057</sup>, el concepto de *rol social* en consonancia con el principio de

---

<sup>1055</sup> No obstante, se advierte sobre la dificultad de dicha valoración en función de la disparidad de las situaciones de los grupos sociales, del alto valor del objeto jurídico, del grado de peligro que se cierne sobre éste, de la posición de monopolio de un rol social, entre otros, *vid.* HUERTA TOCILDO, S.: Problemas fundamentales de los delitos de omisión, Ed. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid. 1987, p. 114.

<sup>1056</sup> *Ibidem.*, pp. 113 y ss.

<sup>1057</sup> Ello por la falta de vinculación del legislador con los contenidos éticos-sociales en el momento de crear las normas penales; además, de que el concepto de rol no es obtenido por medio de un análisis metajurídico de los rasgos sociales, *vid. Ibidem.*, pp. 116 y s.

legalidad, no llenaría los presupuestos para determinar responsabilidad por las omisiones impropias. Luego, se explica “no es el hecho de ser «padre o madre» o «profesor de natación» y de incumplir el «rol social» inherente a estas condiciones lo que hace que ciertos resultados no evitados les sea atribuidos como si los hubiere causado mediante un comportamiento activo, sino la defraudación por parte de estas personas, con su omisión de las expectativas en ellos depositadas *ex ante* por la sociedad en función de que están más capacitados que otros para evitar los peligros que se ciernen sobre ciertos deberes jurídicos”<sup>1058</sup>. La iniciativa de BÄRWINKEL parece condensarse en que “las posiciones de garante surgen con independencia del precepto jurídico que las valida para el sistema jurídico”. De esto se entendería que el mencionado autor pretende reemplazar el bien jurídico con el deber social del *rol*. Asunto que es clarificado por PIÑA ROCHEFORT, considerando que las posiciones de garantía serán producto del sistema de bienes jurídicos y de roles sociales; sin embargo, advierte sobre la colisión que puede surgir entre este tipo de sistemas, en los que se incluye la «ley» con los roles de las personas, *v.gr.* es impensable el rol del conductor sin la ley que le exige la obtención del permiso de conducir. En todo caso, si bien el sistema jurídico se perfila para sí, debiendo contar con otros sistemas, su función será la de mantener estables las expectativas sociales. Es por eso que el bien jurídico impedirá a que la configuración del *rol* para el sistema jurídico exceda de la valoración asignada por el resto de la sociedad. De acuerdo con esta teoría, nos parece determinante que el accionar de cada persona no sólo se halle normada por las fuentes tradicionales (ley o contrato), sino que se atenderá a las estructuras sociales que incidan en gran medida a regularizar, si cabe el término, el diario desarrollo de la sociedad como un sistema integral. Esto se puede ilustrar de la siguiente forma: ¿con qué argumentos puede criticarse una disposición que obligue a los conductores a detenerse absolutamente en cada esquina para asegurarse de que ningún peatón atravesará intempestivamente? Si bien esta idea puede resultar extremadamente deseable y posible (mediante la tramitación de la ley) para asegurar la indemnidad de las personas y evitar así la producción de accidentes de tráfico, esto no funciona de esta manera. La

---

<sup>1058</sup> *Ibidem.*, p. 117.

sociedad ha estructurado mecanismos que valoran el tiempo, se reconoce la responsabilidad de los peatones, para lo cual se han implementado estructuras que minimizan los riesgos de accidentes, etc<sup>1059</sup>. Todo esto da cuenta que no sólo bastará la ley para determinar la responsabilidad del profesional sanitario por todos los actos que desarrolle en el desempeño de su profesión. El cumplimiento de su *rol* en la sociedad será trascendente para delimitar sus responsabilidades, de esta manera, no sólo bastará la ley para determinar la responsabilidad del profesional sanitario por todos los actos que desarrolle en el desempeño de profesión, siendo que el cumplimiento de su *rol* tendrá gran incidencia en la sociedad para delimitar sus responsabilidades.

### 8.3.2. La posición de garante devenida del *rol* persona

De acuerdo a la doctrina existen dos tipos de roles que puede desempeñar una persona: el *rol* general de persona y el *rol* específico. El *rol* como persona se fundamenta en el *neminem laede*, es decir, el deber negativo de «no dañar a otros», de donde pueden surgir mandatos genóticamente positivos sin necesidad de que concurra un deber especial (médico, policía, etc.) sino simplemente el deber de no lesionar o procurar contenerlo, bien porque se ha originado un curso ya dañoso (salvación) o porque se ha desencadenado uno que potencialmente puede serlo (aseguramiento)<sup>1060</sup>. En este sentido, es bien sabido que la interrelación social implica el surgimiento de un sin número de circunstancias que propician la adecuación de ciertos roles conforme las características de los acontecimientos, por ejemplo: a) el deber de tomar determinadas acciones vendrá supeditado a otros roles que se originan de las situaciones de contacto socialmente adecuado, siempre que la prescripción del *rol* que las ampara sea cumplida correctamente, *v.gr.* resulta socialmente adecuado que el obrero abra una zanja para revisar las canalizaciones de agua, encuadrándose dicha acción dentro de su *rol* si además toma las medidas de aseguramiento a fin de que ningún transeúnte que pase por el sitio caiga a la zanja; b) deberes de solidaridad que quedan

<sup>1059</sup> PIÑA ROCHEFORT, J.: Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del Derecho penal, Ed. Bosch, Barcelona, 2005, pp. 412 y s.

<sup>1060</sup> *Ibidem.*, p. 415.

subsumidos a lo sumo como omisión propia, sin posibilidad de fundamentar la comisión por omisión, *v.gr.* quien sabe que por la puerta de su jardín se desplazará el asesino de su vecino y pese a ello no la cierra (tampoco si la abre) no tendrá participación en la muerte (podrá incurrir en omisión de socorro). De idéntica aplicación, será el supuesto del médico que paseando en la calle no atiende a quien sufre un infarto falleciendo a causa de ello, pues la obligación de dicho profesional está relacionada únicamente con su paciente<sup>1061</sup>; y, c) La responsabilidad en comisión por omisión no puede establecerse de cualquier curso dañoso. La posición de garante no necesariamente quedará configurada por la concurrencia de un comportamiento antijurídico previo; pudiéndose tratar incluso de una conducta permitida, pero que en el ejercicio de la libertad, incida en el incremento del riesgo más allá de la libertad general de acción a la que con anterioridad habíamos hecho referencia<sup>1062</sup>, *v.gr.* el catálogo de arbustos cuya plantación en jardines privados está prohibida es extremadamente breve, empero, si el hijo pequeño de una visita ingiere el fruto de un arbusto venenoso que alguien tiene plantado en su jardín (plantación en caso alguna antijurídica) originará una posición de garantía por incrementar el riesgo más allá del que implica la natural interacción social<sup>1063</sup>. De igual forma se permiten otras actividades siempre que se tomen en cuenta otras medidas de salvamento, lo que devela que no se trata del desencadenamiento de un curso dañoso sino de las prescripciones de otros roles, *v.gr.* el piloto de un barco sólo podrá transportar a un niño si lleva consigo el chaleco salvavidas. Sin embargo, si esta medida no fuese posible por anticipado le estará permitido llevar al niño siempre y cuando se adopte otra medida de salvamento equivalente que permita garantizar en caso de peligro poder sacar al infante del agua<sup>1064</sup>. Así las cosas, no necesariamente una conducta antijurídica previa generará un deber de salvación (posición de garantía). De igual forma, un comportamiento acorde con

<sup>1061</sup> JAKOBS, G.: Derecho Penal. PG, trad. CUELLO CONTRERAS, J. y GONZÁLEZ DE MURILLO, J., 2.ª edición, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid. 1995, pp. 973 y s.

<sup>1062</sup> *Vid.*, PIÑA ROCHEFORT, J.: Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del Derecho penal, Ed. Bosch, Barcelona, 2005, p. 414.

<sup>1063</sup> PIÑA ROCHEFORT, J.: Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del Derecho penal, Ed. Bosch, Barcelona, 2005, pp. 417.

<sup>1064</sup> JAKOBS, G.: Derecho Penal. PG, trad. CUELLO CONTRERAS, J. y GONZÁLEZ DE MURILLO, J., 2.ª edición, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid. 1995, p. 983.

el riesgo permitido generará una posición de garante cuando el riesgo originado exceda el establecido por el tráfico regular de la vida en sociedad, y que la conducta efectuada conforme las prescripciones del *rol* se hayan cumplido de forma óptima.

### 8.3.3. La asunción como fuente de la posición de garante

La concepción de la asunción que no en pocas veces se ha hecho referencia en este trabajo, se muestra como una figura aplicable en supuestos prácticos del quehacer médico-sanitario. Así, de manera ilustrada, proyectemos su modo de operar: No se podrá hablar de que habido asunción de la telefonista del hospital que tras recibir una llamada de auxilio no da aviso a la ambulancia<sup>1065</sup>. En dicho caso, la enfermera estaría incumpliendo una acción inherente en todo caso a un *rol* como persona pero no un *rol* especial que imponga un deber de «asumir». Por el contrario, habrá asunción si en un accidente de tráfico un transeúnte se compromete a llamar a la ambulancia y en consecuencia los demás presentes dejan de hacerlo, pues el individuo que omite el llamado a la ambulancia no tendría ninguna obligación antes de haberse comprometido; originándose de esta forma un problema de asunción<sup>1066</sup>. Lo trascendente del problema de la asunción, radica en que no se trata de asumir un *rol* que se encuentre diferenciado dentro del sistema social (*v.gr.* el médico, arquitecto, socorrista, etc.) ya que en realidad la asunción del *rol* implica responder en virtud del *neminem laede*, esto es, tomar un *rol* que nace de la propia interacción en que el riesgo está presente (*rol*

---

<sup>1065</sup> Diferenciando la posibilidad de considerar una conversación telefónica como un acto de asunción SILVA SÁNCHEZ, J.: “La responsabilidad penal del médico por omisión”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 1987, p. 957, explica: “puede serlo. Ello, siempre que en la misma comiencen a darse indicaciones relativas al tratamiento que impliquen un efectivo comienzo del mismo. O incluso si, sin darse indicaciones terapéuticas, se advierte un compromiso expreso o concluyente de inminente atención. No en cambio, si todo discurre en términos de una conversación ambigua de la que no pueden desprenderse tales extremos”. En la jurisprudencia, analizando la denegación de asistencia sanitaria solicitada por llamada telefónica, *vid.* STSJ Andalucía de 10 de marzo de 2000 (ROJ 3862/2000) (Pte. Garvín Ojeda).

<sup>1066</sup> Sin embargo, como afirma PIÑA ROCHEFORT, J.: *Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del Derecho penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 2005, p. 418, no está claro si esta asunción es capaz de originar responsabilidad penal.

persona)<sup>1067</sup>; puesto que, de otra forma, se estaría respondiendo por deberes especiales<sup>1068</sup>. Otro criterio para entender la concurrencia de la asunción es que ésta no incida en el menoscabo, o dicho de otra manera, no descarte otras medidas de seguridad o salvamento, pues, de ser así, no tendría cabida el hablar de una posición de garantía. Luego, la asunción no depende del viejo concepto formalista del contrato para determinar la posición de garantía<sup>1069</sup>, ya que la misma se podrá configurar con la promesa expresa y concluyente del autor, dando a entender que aquel, producto de dicho ofrecimiento, considera oportuno dejar de lado otras medidas de aseguramiento, *v.gr.* el maestro que anima al débil alumno de natación a que pruebe su capacidad en el sector donde el agua es profunda, o el transeúnte que ofrece el brazo al invidente que se dispone en atravesar la calle<sup>1070</sup>. Sin embargo, si la promesa realizada está viciada por un defecto del receptor, aquella no surtirá efecto alguno en relación al surgimiento de la posición de garantía, *v.gr.* el excursionista que una vez ya en la cumbre de la montaña le comunica al guía que no puede pagarle por sus servicios, pese haberlo sabido antes de contratarlo. En cuyo caso, la posición de garantía del guía devendría en inválida por rescisión del contrato a causa de la manipulación de la promesa hecha por el excursionista. De esto, y aplicado al ámbito de estudio, pensamos en el caso hipotético de que el paciente pacte un tratamiento médico determinado y que antes de su culminación, por el motivo que sea, éste se niegue a pagar lo estipulado. De igual manera, parece que la garantía del médico decaería por faltar al compromiso de pago,

<sup>1067</sup> JAKOBS, G.: Derecho Penal. *PG*, trad. CUELLO CONTRERAS, J. y GONZÁLEZ DE MURILLO, J., 2.<sup>a</sup> edición, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid. 1995, p. 988, habla de una asunción en relación al cumplimiento de una expectativa cognoscitiva (en función de la oportunidad fáctica), más no de una expectativa normativa (garantizada jurídicamente).

<sup>1068</sup> PIÑA ROCHEFORT, J.: Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del Derecho penal, Ed. Bosch, Barcelona, 2005, pp. 418.

<sup>1069</sup> Al respecto *vid.* SILVA SÁNCHEZ, J.: "La responsabilidad penal del médico por omisión", en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 1987, p. 956. En este sentido, JAKOBS, G.: Derecho Penal. *PG*, trad. CUELLO CONTRERAS, J. y GONZÁLEZ DE MURILLO, J., 2.<sup>a</sup> edición, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid. 1995, p. 989, considera que lo relevante no es el aspecto contractual sino la conexión fáctica del compromiso, tal es así, que dicha promesa no debe ser necesariamente jurídica; es más, la inoperancia de un compromiso contractual queda desestimado que una persona sin capacidad para negociar: *v.gr.* la quinceañera que hace de «canguro», puede asumir conforme su compromiso una posición de garante.

<sup>1070</sup> JAKOBS, G.: Derecho Penal. *PG*, trad. CUELLO CONTRERAS, J. y GONZÁLEZ DE MURILLO, J., 2.<sup>a</sup> edición, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid. 1995, p. 989.

estándole permitido quizá interrumpir el tratamiento<sup>1071</sup>. En todo caso, se podrá asegurar que la asunción concurre cuando la promesa deja de lado una protección comprobable *ex ante*, que se presentaba como más eficaz, *v.gr.* el médico que a sabiendas que el método de tratamiento de un colega podría dar mejores perspectivas para la consecución de un resultado más satisfactorio en el paciente decide emplear su técnica, aquel será responsable por asunción de los resultados que se pudiese ocasionar<sup>1072</sup>. Dicho esto, la posición de garante concluye cuando se ha realizado lo asumido. En la práctica médico-sanitaria la concurrencia de supuestos de asunción estarían relacionadas de manera especial en las actividades organizadas por estructuras jerárquicas o en funciones de dependencia, por ejemplo, los tratamientos sucesivos donde por razones de especialidad médica el paciente tendrá que recurrir a varios profesionales, respondiendo cada uno en función de su ámbito de competencia.

Otro factor importante devenido de la asunción, radica en la «especial confianza» que se genera producto de asumir la posición de garantía en favor de la salud del paciente, tomando en consideración que de faltar la misma el deber de garantía se vería mermado, *v.gr.* el médico que luego de intervenir quirúrgicamente a un paciente por una afección grave le prescribe un estricto tratamiento, no obstante, el intervenido hace caso omiso a las estrictas indicaciones, comprometiendo su recuperación. En este supuesto, la falta de cumplimiento del tratamiento hará que la confianza decaiga y en consecuencia la posición de garantía del médico se ve disminuida por dicho incumplimiento.

Finalmente, se conservará la posición de garante por la asunción de otro garante. El médico de urgencias que necesitando abandonar el servicio deja en manos de un especialista cualificado a un paciente, quedará exonerado por la

---

<sup>1071</sup> No obstante, hay que tomar en consideración que la interrupción del tratamiento podría implicar que esta conducta se subsuma como denegación de asistencia sanitaria o en su defecto omisión del deber de socorro.

<sup>1072</sup> En este sentido, pensamos en el MIR que decide sin consultar o contar con la supervisión del especialista encargado del servicio, llevar a cabo por su cuenta un procedimiento médico. Las lesiones que se pudiesen ocasionar le serán imputables al MIR por asunción del riesgo. En la jurisprudencia, *vid.* STS de 28 de diciembre de 1990 (ROJ 645/1990) (Pte. Granados Pérez).

asunción del especialista pese a que éste pudiese fallar en su cometido<sup>1073</sup>. Pese a esto, quien responda de la propia existencia del bien o de la propia eliminación de un peligro, únicamente quedará liberado de la garantía si supervisa que aquel que ha asumido el compromiso desarrolla su labor de forma reglamentaria, *v.gr.* el padre que deja a su pequeño hijo en manos de una persona que hace las veces de odontólogo quien carece de título habilitante para desempeñar la profesión. En todo caso, es preciso dejar por sentado que tratándose de riesgos importantes la cesión de garantía sólo podrá mantenerse en el ámbito del riesgo permitido si el primeramente obligado controla la ejecución de quien ha asumido, *v.gr.* el especialista debe supervisar el actuar de su médico auxiliar en la realización de trabajos no completamente elementales<sup>1074</sup>.

Luego de haber examinado algunas circunstancias en las que se podría configurar una posición de garantía, ciertos autores entienden que dicha calidad (garante) en el ámbito médico, tendría lugar cuando se ha asumido efectivamente el tratamiento del paciente. Sin embargo, de igual manera se llega a entender que este dato es impreciso y poco exacto, por no estar claro el momento preciso en que dicha asunción da inicio. La posible contradicción que puede surgir de seguir este planteamiento se puede verificar en el supuesto del médico que paseando por la playa se encuentra a un hombre que ha sido rescatado semiahogado a quien le practica algunas técnicas para reanimarlo, no obstante, llegado un momento por la razones que sean, decide no proseguirlas, falleciendo el bañista. Así las cosas, ¿cabría considerar al médico garante por asunción? De ser la respuesta afirmativa, se podría endilgar la muerte del bañista al médico como homicidio por omisión. Los resultados incoherentes y poco satisfactorios que arroja esta conclusión pone de manifiesto la peor posición en la que se deja al médico que emprendió las primeras técnicas de reanimación respecto de aquellas personas que desde un

---

<sup>1073</sup> Es importante destacar que la delegación deberá recaer en alguien competente y autorizado para realizar la labor encomendada; de no ser así, se imputarán los resultados al delegante. A este respecto *vid., supra*, cap. II, 2.5.1.

<sup>1074</sup> Cfr. JAKOBS, G.: Derecho Penal. *PG*, trad. CUELLO CONTRERAS, J. y GONZÁLEZ DE MURILLO, J., 2.<sup>a</sup> edición, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid. 1995, p. 991.

primer momento se negaron a socorrer al bañista, pudiendo inclusive, que hayan estado presentes entre el público otros médicos.

Con estos antecedentes, habrá que buscar el fundamento material que permita considerar que la asunción de las funciones de protección de los bienes jurídicos constituye una posición de garantía basada en la “confianza que ésta despierta en la víctima o en otros terceros”, propiciando como se dijo en líneas precedentes, el abandono de otras medidas de protección o la renuncia de su adopción, convirtiendo al médico (garante) en dueño absoluto del proceso que ha de llevar o no al resultado; aspecto que se configurará como la base de identidad del hecho con la comisión activa y con el fundamento jurídico, permitiendo atribuir responsabilidad al sujeto. En definitiva, como explica la doctrina, la “esencia de la asunción es la creación de un momento de peligro para el bien jurídico”<sup>1075</sup>.

## **10. Consideraciones para justificar la falta de asistencia sanitaria**

Hasta aquí se ha examinado los presupuestos o parámetros para considerar una conducta como denegación de asistencia, y en su caso abandono de los servicios sanitarios. Pese a ello, no toda inasistencia podrá ser considerada como un injusto por ausencia de antijuridicidad, pues habrá ocasiones en las que determinadas conductas resulten inocuas a efectos de ser consideradas como penalmente perseguibles y por tanto, atípicas. De ahí la imperiosa necesidad de tomar en consideración todos los factores en torno al acto omitido. En este sentido, la doctrina y particularmente la jurisprudencia, han venido estableciendo ciertos parámetros para que conforme a las características del hecho y el sentido común desde la óptica jurídica, se puedan acotar las conductas que resulten merecedoras de incriminación penal conforme el artículo en estudio, pero que, en todo caso, dependiendo de las circunstancias, jugarían en favor del profesional justificando su conducta

---

<sup>1075</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.: “La responsabilidad penal del médico por omisión”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 1987, pp. 956 y s.

omisiva. Es el supuesto del «estado de necesidad»<sup>1076</sup> por el que el profesional se vería obligado a abandonar la asistencia que está prestando a determinado paciente para atender a otro en igual o peor riesgo para la salud (bienes de igual equivalencia)<sup>1077</sup>. Otro de los supuestos que podría constituir como fundamento de exclusión de responsabilidad estriba en el «ejercicio legítimo de un derecho». Al referirnos a este factor se alude generalmente al derecho de huelga garantizado constitucionalmente, en cuyo caso, según lo esgrimido por alguna autora<sup>1078</sup>, la cláusula «estando obligado a ello» contenida en el art. 196 CP, de cara a estos efectos, resultaría superflua. Otra de las aristas que dejaría indemne penalmente al profesional sanitario es la referida al «cumplimiento de un deber de obediencia», situación recurrente en estructuras sanitarias con características jerárquicas donde profesionales bajo estructura de subordinación<sup>1079</sup> deban acatar las indicaciones dispuestas por un superior siempre que la procedencia de las mismas provengan de alguien con competencia para emitirlos y que el contenido de las instrucciones no resulte manifiestamente antijurídico<sup>1080</sup>.

Poco práctico pero posible, por lo menos en el ejercicio médico-sanitario, es el «miedo insuperable» como eximente de responsabilidad, cuya dinámica radica en la inexigibilidad de otra conducta en el sujeto cuando vea

<sup>1076</sup> Artículo 20, numeral 5º del Código penal de 1995: “El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesiones un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos: Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto. Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse”. No obstante, al tenor del numeral 3º del citado artículo, el profesional sanitario, de manera en especial al médico, tal parece que no tendría oportunidad de beneficiarse de este enunciado. En este sentido, *vid.* PORTILLA CONTRERAS, G.: “La omisión del deber de socorro”, en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. (coord.), *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2001, p. 1693.

<sup>1077</sup> PORTILLA CONTRERAS, G.: “De la omisión del deber de socorro”, en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Curso de Derecho Penal Español. PE*, t. I, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 390.

<sup>1078</sup> GARCÍA SANZ, J.: “Responsabilidad penal por denegación de asistencia sanitaria”, en *Actualidad Penal*, núm. 30, 23 al 29 de julio de 2001, p. 22.

<sup>1079</sup> Cabe destacar que dicha subordinación se podrá establecer en estructuras con relación horizontal de trabajo, *v.gr.* el médico jefe de equipo respecto del resto de médicos con los que interactúa.

<sup>1080</sup> Acarreando responsabilidad por denegación de auxilio de un conductor de ambulancia y su acompañante un celador que no siguen la disposición del médico de turno respecto al traslado con carácter urgente de un paciente con insuficiencia cardiorrespiratoria, *vid.* STS de 28 de noviembre de 1994 (ROJ 22629/1994) (Pte. Martínez-Pereda Rodríguez).

comprometida su integridad, *v.gr.* el profesional sanitario que muestra una actitud reticente para atender a un paciente con VIH o hepatitis C<sup>1081</sup>. No obstante, la profesión médico-sanitaria lleva implícita esta clase de riesgos que el profesional sanitario los conoce a plena consciencia desde que opta por esta disciplina, riesgos siempre concurrentes en el quehacer profesional sin los cuales dicha actividad sería impensable; claro está, su práctica implicará la implementación de las correspondientes medidas de seguridad en procura de reducir al máximo las probabilidades de lesión en el profesional<sup>1082</sup>. Al respecto, ROMEO CASABONA considera que se darán los presupuestos para eximir de responsabilidad al profesional por la no prestación de asistencia en los hipotéticos casos de fobias patológicas al contagio; no obstante, reconoce que de concurrir dichas patologías el profesional sanitario quedaría inhabilitado para el desempeño de la profesión<sup>1083</sup>. Situación que a nuestro entender

---

<sup>1081</sup> Al respecto, resulta tremendamente complicado el debate acerca de la atención a personas contagiadas con virus (COVID-19) o enfermedades con alto riesgo de contagio por parte de profesionales de la salud, quienes en determinado momento carecen de indumentaria apropiada y protocolos establecidos para evitar el contagio. Al respecto, estableciendo el deber que tendría el profesional sanitario por la sujeción de un compromiso adquirido libremente respecto a los «riesgos específicos y propios de la función de tutela que desempeña» pese al riesgo de contagio producto de una epidemia, *vid.* VARONA GÓMEZ, D.: El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia, Ed. Comares, Granada. 2000, p. 256. Respecto a esta referencia, nos parece que en el caso particular de grave riesgo de contagio, se tendrá que diferenciar los supuestos, a saber: una cosa será hacer frente a los riesgos provisto de todas las medidas de seguridad; y, otra muy distinta, desempeñar las funciones sin tener los instrumentos, protocolos y mecanismos con los que, si no es posible garantizar la integridad del profesional sanitario, reducir al máximo el riesgo.

<sup>1082</sup> Al respecto, una de las cuestiones planteadas por la doctrina es: hasta dónde debe tolerar el peligro el profesional que tendría un compromiso específico respecto de la integridad de las personas. En nuestro caso, el profesional sanitario se enfrenta a diario con riesgos nuevos; sin embargo, conforme VARONA GÓMEZ, D.: El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia, Ed. Comares, Granada. 2000, pp. 252 y ss., resalta la imposibilidad de que dichos profesionales puedan utilizar como eximente de responsabilidad el miedo insuperable en aquellos casos que exista una obligación especial de tolerar el peligro en razón del «principio de responsabilidad por actos propios». Argumento que según este autor, gira en torno al compromiso de imparcialidad adquirido de forma libre por el profesional respecto a salvaguardar y controlar los peligros ajenos, *v.gr.* “El médico de guardia que se encuentra en un hospital y desatiende a una persona gravemente herida para atender a su esposa, que sólo presenta una herida leve, no parece razonable que pueda ampararse en la eximente de miedo insuperable, pues con el libre desempeño y asunción de tal cargo el médico se compromete a tratar por igual forma (imparcialmente) a los enfermos, sin poder remitirse en este ámbito a preferencias subjetivas en virtud de la especial cercanía o vinculación emocional con determinados bienes jurídicos”. Sin embargo, la obligación de tolerar el peligro no se puede imponer a cualquier precio. Asegurando la obligación del profesional sanitario de prestar el servicio una vez que cuente con los medios para asegurar su integridad, *vid.* ALMELA VICH, C.: “La responsabilidad penal del médico y del cirujano”, en *Revista del PJ*, núm. 48, 1997, p. 261.

<sup>1083</sup> ROMEO CASABONA, C.: Responsabilidad médico-sanitaria y sida, en *Anales de la Facultad de Derecho (Universidad de La Laguna)*, núm. 12, 1992, pp. 231 y s. En este sentido,

resultaría incoherente y poco imaginable pues conforme quedó indicado en líneas precedentes, se muestra como inverosímil que quien elija como profesión el ámbito médico-sanitario no tenga una clara idea de los peligros que conlleva su ejercicio<sup>1084</sup>. En cualquier caso, como lo explica FLORES MENDOZA, circunstancias como el pánico o la fobia llegarían a constituirse en causas de falta de culpabilidad basadas en la inimputabilidad del sujeto al no comprender la ilicitud de su conducta<sup>1085</sup>.

Uno de los temas de alto debate doctrinal y tratamiento jurisprudencial, es la prestación de asistencia cuando hay un rechazo a recibirla por parte de quien se encuentra en situación de riesgo. Al respecto y sin pretender ahondar en el tema por no ser este el lugar propicio, únicamente a efectos de verificar si en base a estas circunstancias la inasistencia pudiese constituir una conducta merecedora de reproche penal, cierto autor considera que frente a la inexigibilidad del deber devenido del rechazo a recibir el tratamiento, tanto el deber de garante como el deber general de socorro, decaería, constituyéndose en motivo de exculpación para el profesional sanitario<sup>1086</sup>. En esta línea de ideas la jurisprudencia no ha sido ajena a esta problemática, debiendo ponderar determinadas circunstancias por las que el profesional sanitario no ha prestado auxilio a personas cuya salud se ha visto gravemente comprometida, inclusive que han llegado a perder la vida. Así las cosas, las argumentaciones en aras de justificar las conductas omisivas, van desde la obligación reglamentaria de permanecer en el lugar de trabajo, desatención a las

---

HIGUERA GUIMERA, J.: La eximente de miedo insuperable en el Derecho Penal Común Militar Español, Ed. Bosch, Barcelona. 1991, p. 28, explica que el miedo consiste en la "perturbación del estado de ánimo en el que se pierde la confianza en los propios recursos para afrontar situaciones concretas, que son percibidas como peligrosas".

<sup>1084</sup> En este sentido, VARONA GÓMEZ, D.: El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia, Ed. Comares, Granada. 2000, p. 252, explica que, "quien libre y voluntariamente acepta una función de protección de bienes jurídicos respecto a determinados peligros, no puede después (en todo caso) rehuir tal tarea en atención a los peligros que el desempeño de tal tarea comporta".

<sup>1085</sup> Con referencias más detalladas, *vid.* FLORES MENDOZA, F.: La objeción de conciencia en derecho penal, Ed. Comares, Granada. 2001, p. 248.

<sup>1086</sup> *Vid.* GARCÍA SANZ, J.: "Responsabilidad penal por denegación de asistencia sanitaria a extranjeros", en *Anales de la Facultad de Derecho*, núm. 18, 1, 2001, p. 361; SILVA SÁNCHEZ, J.: "La responsabilidad penal del médico por omisión", en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 1987, pp. 962 y s., quien considera que la inexigibilidad en la omisión no es mera causa de exculpación, por ser parte del tipo penal.

disposiciones de los superiores, hasta la imposibilidad de prestar el auxilio requerido por estar asistiendo a otra persona en igual o peor condición de salud. La STS de 22 de octubre de 2015, condena a un médico que se negó a salir en auxilio de una persona que yacía inconsciente a escasos metros del Hospital Virgen de Altagracia, luego de desvanecerse cuando conducía su coche. El alto Tribunal, concluye que, pese a no estar probado que el procesado tenía bajo su observancia en el servicio de urgencias que regentaba, de 15 a 18 pacientes, aquel contaba con un médico adjunto y que en el momento en que se le requirió su auxilio, no asistía a nadie<sup>1087</sup>. De igual forma, se reprocha al condenado que pese haber llamado al Servicio de Emergencias del 112, ante la negativa de salir a prestar ayuda el Tribunal juzgador explica que “la asistencia personal es siempre preferible a la potencial de terceros sobre los que carece de control”, reprochando de esta forma al sentenciado el deber que tenía de prestar auxilio personalmente en razón de que el convaleciente se encontraba a 50 metros de dicho hospital. Una cuestión interesante que se esgrime en el fallo y que fue materia de análisis *supra* en este capítulo, es la referencia a la «obligación»<sup>1088</sup> del profesional a prestar su asistencia. En este sentido, el médico sentenciado a manera de justificación basa su negativa de abandonar el lugar de trabajo para auxiliar al accidentado, apoyado en una normativa administrativa (Decreto 866/2001), argumento que es descartado por el Tribunal juzgador al desestimar una posible colisión de deberes ponderando que, pese a la existencia de dicha disposición, la ubicación de la víctima quien se encontraba en graves condiciones de salud era “en la calzada, a pié del hospital, en la puerta principal”. Por esta razón, el argumento de inexigibilidad alegado por el sanitario a criterio de los jueces deviene en inaceptable e intrascendente<sup>1089</sup>.

Apartándonos del supuesto descrito en líneas inmediatamente anteriores, pero sin distanciarnos de la siempre provechosa referencia

<sup>1087</sup> Respecto de esta misma argumentación *vid.* STS de 2 de octubre de 1989 (ROJ 5000/1989) (Pte. Moner Muñoz)

<sup>1088</sup> *Vid. supra*, cap. IV, 3.1.2.

<sup>1089</sup> STS de 22 de octubre de 2015 (ROJ 4374/2015) (Pte. Palomo del Arco). Basándose en un Estatuto Jurídico para determinar la exigibilidad de un médico de emergencias respecto de prestar la asistencia a una persona en su domicilio, *vid.* STS de 2 de octubre de 1989 (ROJ 5000/1989) (Pte. Moner Muñoz).

jurisprudencial, la alusión al incumplimiento de disposiciones ambiguas o poco precisas de igual forma han podido depurarse a través de los fallos judiciales. Así, la STS de 28 de noviembre de 1994, condena al conductor y al celador que lo acompañaba quienes luego de acudir en una ambulancia perteneciente al Instituto Nacional de Salud, entidad al que pertenecía un médico que dispuso el traslado mediante boleta con la expresión «Servicio Especial de Urgencia» de un paciente en estado grave al que visitó en su domicilio, siendo que un familiar del enfermo advirtió a los procesados que en otras ocasiones el convaleciente había sido trasladado al Centro Hospitalario de Valdelatas; circunstancia que propició a que los sentenciados consultaran este particular con sus superiores, disponiendo que de efectuarse el traslado al Centro Hospitalario Valdelatas se lo haga con ambulancias municipales, por lo que los procesados en atención a estas indicaciones se negaron a trasladar al paciente en su ambulancia, retirándose del lugar. Con este panorama, los familiares procedieron a llamar a la Policía quienes finalmente fueron los trasladaron al paciente al Hospital Clínico, ya con síntomas graves producto de una insuficiencia cardiorrespiratoria que finalmente le ocasionó la muerte. El Tribunal juzgador haciendo hincapié en el “requerimiento oficial y de superior indiscutible [*scil.*, el médico]”, razona de la siguiente forma: “No existe ninguna causa que justifique la desatención a tales requerimientos. No puede sostenerse en buena lógica y en sensata interpretación, si la inoportuna indicación de un familiar, sobre el traslado del enfermo a Valdelatas fuera una causa justificada de la actuación del acusado [*scil.* el conductor] o más bien un pretexto al que asió éste y su compañero, con un enfermo en estado muy grave en el portal de la casa [...] no es causa justificante de la omisión el que debían realizarlo otras ambulancias cuando servían los acusados una ambulancia del INS y abandonan al enfermo”<sup>1090</sup>.

De lo visto anteriormente, se evidencia que no toda denegación de asistencia *ipso facto* merecerá el reproche penal; pues para su incriminación, se contará con todos los presupuestos que rodean el supuesto de hecho. Así las cosas, en ocasiones la aparición de circunstancias imprevistas obligarán a

---

<sup>1090</sup> STS de 28 de noviembre de 1994 (ROJ 22629/1994) (Pte. Martínez-Pereda Rodríguez).

que el sanitario deba adecuar su actuar a las nuevas circunstancias en aras de salvaguardar la integridad de terceras personas. Se podrá incurrir en omisión producto de disposiciones o reglamentos ambiguos y poco concretos. De igual manera, siempre estará latente el derecho de abstenerse a prestar la asistencia requerida cuando las condiciones no garanticen la seguridad del profesional sanitario. No serán pocos los supuestos en que la imposibilidad de asistir a determinadas personas (*v.gr.* por convicciones religiosas) el profesional sanitario deba ponderar medios alternativos de actuación en aras de no incurrir en omisión. En mérito a lo señalado, habrá que tener muy presente que la imputación de la conducta que ha contribuido al hecho estará supeditada a un exhaustivo análisis de las circunstancias que incidieron en el supuesto de hecho y sobre todo la obligación que tenía el profesional sanitario para prestar su contingente; con lo cual, muchas de las conductas como quedó indicado *supra*, serán atípicas o encausables por una norma penal distinta al que ha propiciado el estudio de este apartado (art. 196 CP).



## DELIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL MÉDICO-SANITARIA EN EL TRABAJO DE EQUIPO

### CONCLUSIONES

El presente trabajo de investigación ha tratado de reflejar el estado actual de la cuestión en relación a la delimitación de la responsabilidad penal médico-sanitaria, identificando aquellas conductas que por su contribución al hecho son merecedoras de reproche penal. Para ello, la aportación de la doctrina y la jurisprudencia, han permitido cotejar los postulados dogmáticos con casos prácticos resueltos por los tribunales de justicia, lo que ha facilitado proponer soluciones a los planteamientos realizados en esta investigación.

#### I

El delito imprudente es la modalidad típica subjetiva en la que acontecen la mayoría de las conductas lesivas en el ámbito médico-sanitario. En este sentido, se ha constatado que la valoración del deber de cuidado en el ámbito médico no es algo baladí. Sin embargo, para determinar su infracción, habrá que contar con todas las circunstancias que rodean el supuesto de hecho por ser la Medicina una disciplina cambiante y en continuo desarrollo. Partiendo de esto, la conducta del profesional sanitario desde la perspectiva del deber de cuidado, tendrá que analizarse verificando la infracción de la norma penal; para cuyo cometido se tendrá como dato inicial (que no concluyente) la *lex artis ad-hoc*, coherente con las múltiples variantes que pueden concurrir en el supuesto de hecho.

Las actividades desarrolladas por el ser humano en su vida cotidiana, por lo general se encuentran más o menos regladas. En el ámbito médico-sanitario, dicha reglamentación no es del todo estanca o concreta (salvo protocolos o líneas de actuación establecidas para ciertos casos) forzando a que la infracción de la norma de cuidado tenga como referente inicial la *lex artis ad-hoc*; parámetro cuyas normas de comportamiento son producto de la experiencia. Al respecto, la intención de positivar las reglas de actuación en el

ámbito médico, a nuestro parecer, carecen de sentido por dos aspectos fundamentales: la dificultad de mantener su vigencia en el tiempo, debido al avance científico; y, el pretender condensar todos los conocimientos médicos en preceptos legales, significaría elaborar verdaderas enciclopedias que en poco tiempo quedarían obsoletas. En consecuencia, se ha establecido que lo más coherente será evaluar la conducta del profesional sanitario conforme a una *lex artis ad-hoc*, ponderando si el procedimiento o la técnica utilizada estuvo acorde con las condiciones del paciente y las circunstancias que rodearon el hecho. Siendo más claros, comprobar si la conducta del profesional sanitario si bien no pudo estar ajustada estrictamente a los procedimientos aprobados por la comunidad científica, se enmarcó en los lineamientos de un deber de cuidado objetivo no incurso en audacia o aventura, haciendo que la libertad clínica se fundamente en la prudencia.

La consideración de la culpa consciente e inconsciente en relación a la infracción del deber de cuidado estará referida a la *previsibilidad* del profesional sanitario, marcada por los datos conocidos en función del *rol* y competencia que se tenga, desde donde se indague si dichos conocimientos (información) le eran posibles y exigibles poseerlos.

La referencia al hombre medio como baremo para evaluar la infracción del deber de cuidado, resulta muy frecuente en la doctrina y no en menor medida en la jurisprudencia. En este sentido, entender un hombre medio generalizado (estanco) no es coherente con el ámbito médico-sanitario donde las conductas deberán acoplarse a las circunstancias de cada supuesto de hecho. En otras palabras, pese a que alguna parte de la doctrina considera esta figura como un concepto ficticio y poco concreto, el baremo del hombre medio tendrá que ser identificado desde los conocimientos y capacidades que el sujeto posea, lo que no significa individualizar el deber de prudencia. Por ejemplo, para el cirujano que conoce de una técnica que pocos manejan, el baremo vendrá dado por el nivel de conocimientos que posee. En consecuencia, si no hiciere uso de la técnica, en principio ya se tendría un indicio de la infracción del cuidado debido. El mismo criterio se aplicará para aquellos profesionales cuyos conocimientos estén por debajo del estándar;

## CONCLUSIONES

empero, quien no dispone de la capacidad suficiente para actuar, deberá abstenerse de hacerlo a riesgo de infringir el deber de cuidado por asunción. De la misma forma, será reprochable que dicho *déficit* se pueda atribuir al desinterés (omisión) de haber adquirido los conocimientos que le eran exigibles en razón a la competencia y en correlación con la labor que se desempeñe.

El paralelismo de la *lex artis* con el adecuado comportamiento del sanitario es innegable. No obstante, el ámbito deontológico no puede quedar abarcado en aquella (*lex artis*) pese a que alguna jurisprudencia (especialmente de tiempo atrás) toma como referencia la falta de ética para establecer la infracción del deber de cuidado, máxime que las normas de carácter deontológico no pueden fundamentarla. Así dicho, la *lex artis* debe abarcar aspectos netamente técnicos, sin desmerecer que conjuntamente con la infracción de la *lex artis*, de igual manera se pueda faltar a una norma deontológica.

Establecido el contenido y aplicación material de la *lex artis*, la verificación de su incidencia como parámetro en la infracción del cuidado debido en la jurisprudencia es más que evidente, pues si bien por sí sola no puede fundamentar el que se pueda establecer si la infracción fue descuidada o evitable, su valor indiciario será útil, por lo menos para constatar que la conducta ha rebasado el riesgo permitido.

Si bien en la doctrina se critica con vehemencia el valor jurídico que podría tener la *lex artis* (regla-no jurídica), a falta de un criterio jurídico-penal que delimite con claridad la infracción del deber de cuidado, la observación de dichas reglas (no jurídicas) resultan útiles (muchas de ellas elaboradas por cuerpos privados) para por lo menos tener un primer indicio desde donde se pueda evaluar si la conducta ha transgredido el deber de cuidado. Esto es verificable por ejemplo, en el actuar de los tribunales de justicia, quienes han venido tomando como referencia dicho parámetro para calibrar si la conducta ha sobrepasado lo tolerado en el ámbito médico-sanitario. Por consiguiente, y pese al carácter indiciario, se insiste en la imposibilidad que la *lex artis* sea un dato concluyente en la configuración del delito penal. Al respecto, se ha

constatado que en determinados supuestos, la observancia de los reglamentos establecidos no será suficiente para garantizar el que se haya cumplido con el deber de cuidado exigido, siendo necesaria la adopción de todas las medidas de precaución que estén al alcance (independientemente de las ya establecidas) a fin de evitar la lesión del bien jurídico.

El método tripartito (grave, menos grave y leve) de la gravedad de la imprudencia introducida en la reforma al Código penal español de 1995, ha sido poco acertado, complicando más aún su determinación. De esta manera, la mayor dificultad radica en diferenciar la imprudencia grave de la menos grave. En cuyo caso, debemos afirmar que la delimitación entre estas dos modalidades vendrá dada por la gravedad de la infracción del deber de cuidado, debiendo evitar buscar dicha distinción en la gravedad del resultado; máxime que el núcleo central del delito imprudente estriba en la transgresión del mismo. En otras palabras, se averiguará la gravedad de la imprudencia desde la evitabilidad del resultado, esto es, en función del desinterés mostrado por el sanitario respecto de los bienes ajenos. En definitiva, se considerará como imprudencia grave, aquella conducta que denote total desidia por parte del profesional, reservando la categoría de menos grave para aquellas conductas que siendo descuidadas no puedan ser calificadas como esperpénticas.

## II

La imputación objetiva a través de los substitutos, división del trabajo, principio de confianza y prohibición de regreso, son esenciales para identificar aquellas conductas merecedoras de reproche penal. El principio de *división del trabajo*, cumple un papel preponderante para acotar la parcela de acción de los intervinientes, cuando las labores médicas sanitarias se hallen articuladas mediante estructuras que obedecen a ámbitos de acción, en función a competencias o a la posición en el organigrama institucional. En este sentido, desde la forma de organizar el equipo médico antes de la intervención en un quirófano, hasta la organización de los niveles de mando en un hospital, el correcto funcionamiento estará supeditado a una efectiva división de trabajo, ya

## CONCLUSIONES

que sin este principio, resultaría muy complicado delimitar las competencias de cada interviniente en el supuesto de hecho.

El principio de división de trabajo en la relación horizontal, implicará que cada persona cumpla con su labor de forma “independiente”. Esto es, constituir una relación que en principio no exista subordinación al tratarse de un vínculo laboral entre iguales. Pese a ello, se ha podido evidenciar, que esta premisa no es del todo pacífica, al menos desde los datos que ofrece la jurisprudencia, constatando la necesidad de efectuar cierto grado de control de las labores realizadas con quien se interactúa. En este orden de cosas, y pese a la independencia que pueda existir entre los intervinientes en razón de la relación horizontal en la división de trabajo, se ha verificado que siempre estará latente el deber de corregir cuando la conducta de un tercero (interviniente) evidencie ser defectuosa.

Se ha acreditado que el *principio de confianza* como criterio delimitador del deber de cuidado tendrá mayor incidencia en la relación horizontal (relación entre iguales) conviviendo la obligación de corrección cuando existan indicios fundados (más intenso que una sospecha) respecto a la incompetencia o falta de aptitud en la persona con quien se interactúa (estado de anormalidad), entrando en juego la previsibilidad que se tenga del posible error. Previsión que dependerá de los datos con los que se cuente para proceder a la corrección pertinente antes de que el riesgo de lesión al bien jurídico se muestre como inminente. La incidencia del principio de confianza será mayor en la relación vertical de trabajo, de manera especial en aquellas actividades efectuadas en grupo. Por ejemplo, las intervenciones médico-quirúrgicas, en donde la delegación de tareas se llevará a cabo una vez constatada la capacidad y las condiciones del delegado, con lo cual se evitará transgredir el deber de cuidado.

De igual forma, se puede afirmar que el principio de confianza en la relación vertical de trabajo exige que el delegante no pueda desentenderse del acto que ha encargado; por el contrario, dicho principio hará que se originen deberes de vigilancia y control por parte del superior jerárquico respecto de sus

subordinados, cuya inobservancia acarreará la infracción del deber de cuidado, y por consiguiente, responsabilidad penal por la lesión al bien jurídico.

*La prohibición de regreso* determinará límites a la atribución de responsabilidad por la producción de un resultado lesivo. Su aplicación será provechosa, por ejemplo, en las estructuras hospitalarias, donde previamente a la producción de un resultado lesivo, convergen varias conductas. Esto se puede constatar en los actos de delegación, como aquel médico «jefe» responsable por los resultados de una intervención quirúrgica que de manera urgente da indicaciones a la enfermera para que prepare un compuesto, y ésta se equivoca en la dosis. O el Director de un Hospital que es responsabilizado por no haber planificado la designación del adecuado personal cuando las graves lesiones que sufre una paciente intervenida quirúrgicamente se deben a la falta de monitorización por parte del anestesista que abandona el quirófano para preparar una sala contigua, sin que el hecho revista de urgencia.

### III

Ante la concurrencia de varias conductas imprudentes en el ámbito médico-sanitario, es necesario delimitar la responsabilidad penal, tarea que se llevará a cabo conforme al modelo de autor que se adopte. Desde nuestra perspectiva, partiendo de un modelo restrictivo de autor, la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho es el concepto más coherente con el modelo adoptado (restrictivo). Así, autor será quien mediante su conducta defina el sí y el cómo del hecho, de forma que aquella marque el curso causal que llegue a producir el resultado final sin necesidad de una intervención posterior.

Con la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho, se podrá diferenciar las formas de autoría y participación imprudente. Así las cosas, la autoría unipersonal no revestirá mayor complicación debido a sus características, v.gr. el médico que entrega un fármaco al paciente, que lo inyecta, o que hace alguna manipulación en aquel. Mayor dificultad implicará la coautoría imprudente, en donde se tendrá que constatar dos aspectos: a) El

## CONCLUSIONES

objetivo, dos o más conductas de distintos intervinientes que co-determinen objetiva y positivamente el hecho; y, b) el subjetivo, necesitado de la existencia de un acuerdo referido a la acción –descuidada– con quienes se interactúa. De esta manera, el hecho podrá ser atribuido a cada conducta que parcialmente lo haya producido, debiendo hacerse uso de la imputación objetiva. Así las cosas, de comprobarse a través de este instituto que la conducta no es imputable al resultado lesivo, no cabe exigir responsabilidad penal. Ahora bien, tanto en la coautoría como en la autoría accesoria imprudente, la exigencia del requisito objetivo así como la forma de imputación del resultado, no difiere; cuya distinción recaerá en el acuerdo, necesario para la coautoría pero no para la autoría accesoria. En este sentido, la valoración del injusto en los participantes de cada una de las modalidades de intervención, será menor, al igual que la pena. Habrá coautoría en el supuesto de dos cirujanos que antes de entrar al quirófano median en la técnica a utilizar, pero sin dar importancia a la asepsia adecuada ocasionan una infección en la intervenida. Habrá autoría accesoria en el cirujano-oftalmólogo y el anestesista, quienes emplean técnicas incompatibles entre sí, provocando graves lesiones en el paciente.

Por otro lado, no siempre quien de propia mano ocasiona las lesiones o la pérdida de la vida será responsable, pudiendo constituirse como un mero instrumento. Por ejemplo, el médico que ordena a la enfermera inyectar un compuesto equivocado al paciente. El grado de conocimiento, la competencia y el principio de confianza, fundamentarán la no imputación del resultado para el instrumento (enfermera). La autoría mediata, concurrirá en la división vertical de trabajo donde el inferior jerárquico actúa bajo las indicaciones del superior. Sin embargo, de igual manera, esta figura podrá concurrir en la división horizontal de trabajo, en el supuesto de dos médicos con especialidades distintas en la que el uno prescribe un tratamiento basado en las pruebas diagnósticas de su antecesor. De esta forma, el principio de confianza cobrará transcendencia en este tipo de estructuras especialmente en las intervenciones sucesivas. Por consiguiente, si el médico de delante puede confiar en la actuación del colega que le precedió, el autor del resultado lesivo será el sujeto de atrás. Pero si respecto del sujeto de delante no puede operar el principio de

confianza, autor será éste (sujeto de delante) y el sujeto de atrás se constituirá como partícipe.

En definitiva, la distinción de la autoría y participación imprudente ante la pluralidad de intervinientes en el quehacer médico-sanitario, se la efectuará en primer lugar identificando la conducta que determina objetiva y positivamente el hecho, para luego comprobar si estamos ante una autoría unipersonal imprudente, coautoría (autoría accesoría) o una autoría mediata.

#### IV

Luego de examinar la doctrina y de igual forma la jurisprudencia, se ha constatado cierta tendencia a considerar la denegación de asistencia sanitaria (art. 196 CP) como un tipo penal que merece mayor grado de reproche en razón a la cualificación del sujeto activo; en clara referencia al profesional sanitario, por entender la existencia de un vínculo de garantía (por así decirlo) con bienes de tal calado como la salud y la vida. Bienes que a nuestro parecer, son los que auténticamente protege la norma penal en cuestión, y no la «solidaridad humana» a la que alguna parte de la doctrina hace referencia, quizá producto de la confusión devenida por la ubicación del art. 196 CP, esto es, bajo la rúbrica “De la omisión del deber de socorro”.

La novedosa inclusión del art. 196 CP, nos parece poca acertada por la ambigüedad de su redacción. De esta manera, sujeto activo será quien se encuentre vinculado *estricto sensu* con la actividad médico-sanitaria, pues resulta inadmisibles, considerar como sujeto activo de este delito a quien si bien pudiese tener cierta relación con este ámbito, su conducta estaría alejada de poder subsumirse en este delito (*v.gr.* el personal administrativo de un hospital, el personal de limpieza o los agentes de autoridad que en determinado momento podrían prestar los primeros auxilios a quien corre peligro su salud o la vida); pudiendo representar una exagerada extensión del ámbito punitivo, desnaturalizando el tipo penal.

## CONCLUSIONES

En este orden de cosas, la obligación de prestar la asistencia requerida, devendría de un compromiso administrativo (jurídico o contractual), aspecto que no se debe confundir con una obligación de corte ético o deontológico. En cualquier caso, para que exista obligación del profesional en los términos del artículo 196 CP, el sanitario en el momento de ser requerido deberá encontrarse en servicio.

La imputación del resultado a la conducta denegatoria tomará en cuenta si el profesional en el momento de ser requerido contaba con los recursos (conocimientos y capacidad física) para poder estar a la altura del procedimiento necesario, a fin de evitar la agravación del riesgo. En cuyo caso, (no ser capaz) se examinará, si el omitente gestionó el auxilio de terceras personas o recurrió a otros mecanismos (pudiendo incurrir en el art. 195.2 CP). Desde otra arista, la configuración de este delito exige la concurrencia de la creación de un «riesgo grave» para la salud de las personas como elemento de tipo normativo. Sobre este punto, nos parece poco acertado, que el riesgo nazca de la denegación de asistencia, siendo más exacto a nuestro entender, que el requerimiento de auxilio obedece a que ya existe (lo que motiva a pedir auxilio) un riesgo (aunque sea mínimo) *ex-ante* a la denegación de asistencia médica. En cualquier caso, resulta más coherente el considerar que con la denegación se evita interrumpir el proceso del riesgo, o que este se incremente.

La configuración dolosa que el legislador ha querido otorgar a la denegación de asistencia sanitaria resulta poco práctica, por lo menos como se halla configurado el art. 196 CP. En este sentido, hay que tomar en consideración que muchas de las desatenciones por parte de los profesionales sanitarios son producto de la infravaloración de las circunstancias del supuesto de hecho (infracción al deber de cuidado). Lo que invita a inferir, que cuando el legislador configuró como dolosa esta conducta pensaba en un dolo eventual; pues de otra forma, resulta difícil imaginar que un médico deniegue la asistencia a una persona a sabiendas que su integridad puede estar gravemente comprometida. De ahí que consideramos oportuno de *lege ferenda*

la inclusión de la cláusula imprudente en esta norma penal, más acorde con sus requerimientos.

Respecto a la remisión de pena que se hace al art. 195 CP, entendemos que esta referencia se halla relacionada únicamente con su primer apartado, pues pese a la posibilidad a *prima facie* de vincular dicha remisión con las demás modalidades del art. 195 CP, las características propias del art. 196 CP, por ejemplo, la particularidad del sujeto activo (profesional sanitario) y el riesgo posterior a la denegación de asistencia (en el art. 195 CP, el riesgo es preexistente a la omisión) harían inviable una remisión extensiva más allá de la defendida en nuestra valoración.

En relación al posible concurso del art. 196 CP, con otras normas penales, *v.gr.* arts. 412.3 y 511.3 CP, habrá de prevalecer el art. 196 CP, en mérito al principio de «especialidad» (art. 8.1 CP).

La denegación en este delito se constituye como de omisión propia. Sin embargo, de llegar el riesgo grave para la salud a concretarse en lesión o pérdida de la vida, la imputación del resultado pasará por la posición de garante que tenga el profesional sanitario, respecto a la salud del paciente. Así, su determinación dependerá del fundamento que se adopte para establecer dicha posición (garante), la que conforme a nuestro entender, vendrá dada por la asunción del tratamiento; esto es, que el profesional haya creado un vínculo de garantía respecto a la integridad del paciente. En otras palabras, un compromiso más fuerte, por ejemplo, del que tiene el médico de urgencias o el médico rural (dueños de una garantía general pero no específica) que convierta al profesional en responsable de velar por la integridad del enfermo en razón de un *rol* especial (asunción concreta de la salud del paciente). Así las cosas, conforme lo analizado, la aplicación práctica de este tipo penal resulta por demás desalentadora y en cierta medida hasta confusa.



**BIBLIOGRAFÍA**

- ALMELA VICH, Carlos: “La responsabilidad penal del médico y del cirujano”, en *Revista del PJ*, núm. 48, 1997.
- ALMODÓVAR PUIG, Borja: (2014) *¿Derecho penal “privado”? Juicio crítico a la existencia de delitos perseguibles a instancia de parte y alternativas de solución* (Tesis Doctoral) Universidad Complutense de Madrid [Biblioteca de la Facultad de Derecho de la UCM].
- ANTÓN JORNET, Juan: *Malpraxis*, t. II. Consecuencias, Ed. Áncora, Barcelona. 1993.
- ARÁUZ ULLOA, Manuel: “El delito de omisión de socorro en el ámbito sanitario”, en *Revista de Derecho*, núm. 4, 2003.
- ARROYO GORDO, María: “Trabajo en equipo y principio de confianza”, en *Metas de Enfermería*, núm. 5, vol. 12, Junio 2009.
- ARROYO ZAPATERO, Luis: *La protección penal de la Seguridad en el Trabajo*, Ed. Servicio Social de Higiene y Seguridad del Trabajo, Madrid. 1981.
- ARANA, José Ignacio: *Historias curiosas de la medicina*, 3.<sup>a</sup> edición, Ed. Espasa Calpe, Madrid. 1995.
- ARGNANI, Paula: *Responsabilidad Penal de los Médicos*, Ed. Nova Tesis, Rosario-Santa Fe. 2007.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel: “La argumentación en un caso difícil la huelga de hambre de los presos del Grapo”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 9, 1990, pp. 31-37.

- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: Principios del Derecho penal. *PG*, 5ª edición, Ed. Akal/lure, Madrid, 1998.
- BALCARCE, Fabián: “La desesperanzadora evolución del tipo culposo en el Derecho comparado”, en Homenaje a CLAUS ROXIN, *Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales*, Ed. Marcos Lerner, Córdoba-República de Argentina. 2001.
- BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio: La participación en el delito imprudente en el Código penal español de 1995, Ed. Dykinson, Madrid. 2007.
- BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio y CRUZ BLANCA, María: “La imprudencia punible en el ámbito de la actividad médico-quirúrgica”, en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (dir.), *Estudios jurídicos sobre la responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Ed. Dykinson S.L., Madrid. 2009.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, ARROYO ZAPATERO, Luis, GARCÍA RIVAS, Nicolás, FERRÉ OLIVÉ, Juan y SERRANO PIEDECASAS, José: Lecciones de Derecho penal. *PG*, 2.ª edición, Ed. La Ley, Barcelona. 1999.
- BLANCO LOZANO, Carlos: La omisión del deber de socorro en el Derecho penal, Ed. Bosch, Barcelona, 2009.
- BOCKELMANN, Paul: Relaciones entre autoría y participación, trad. FONTÁN BALESTRA, Carlos, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires-Argentina. 1960.
- BOLEA BARDÓN, Carolina: La cooperación necesaria: análisis dogmático y jurisprudencial, Ed. Atelier, Barcelona. 2004.

## BIBLIOGRAFÍA

- BORJA JIMÉNEZ, Emiliano: *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho Penal*, Ed. Comares, Granada. 1999.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZABAL MALARÉE, Hernán: *Lecciones de Derecho Penal. PG*, Ed. Trotta, Madrid. 2006.
- CALDERÓN TELLO, Fernando: *El delito de blanqueo de capitales: Problemas entorno a la imprudencia y la receptación*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra. 2016.
  - Ensayo acerca del Tipo Culposo o Imprudente en Derecho Penal y su Relación con la Imputación Objetiva, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra. 2016.
- CARBONELL MATEU, Juan: “Omisión del deber de socorro”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 5.ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2016.
- CARBONELL MATEU, Juan y GONZÁLEZ CUSSAC, José: “Omisión del deber de socorro”, en VIVES ANTÓN, Tomás (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, t. I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 1996.
- CEREZO MIR, José: *Derecho Penal. PG.*, 2.ª edición, Ed. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2000.
- COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás: *Derecho Penal. PG.*, 5.ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 1999.
- COBOS GÓMEZ DE LINARES, Miguel: “La omisión del deber de socorro”, en *Derecho Penal. PE II*, Ed. Servicio publicaciones facultad de derecho, Madrid. 1997.

- CHOCLÁN MONTALVO, José: Deber de cuidado y delito imprudente, Ed. Bosch, Barcelona. 1998.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu: El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado, Ed. Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona. 1989.
- CÓRDOBA RODA, J.: Culpabilidad y Pena, Ed. Bosch, Barcelona. 1977.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto: “La imprudencia menos grave”, en *Revista electrónica InDret*, Barcelona, julio de 2018.
- DE FUENTES BARDAJÍ, Joaquín (dir.): Manual sobre responsabilidad sanitaria, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2009.
- DELGADO GIL, Andrés: “Omisión del deber de socorro (nuevo delito de abandono del lugar del accidente) y denegación de asistencia sanitaria”, en *RDPCr.*, núm. 21 (enero de 2019) pp. 189-232.
- DE LAS HERAS GARCÍA, Manuel: Estatuto ético-jurídico de la profesión médica, t. I, Ed. Dykinson, Madrid. 2005.
- DEL CASTILLO CODES, Enrique: La imprudencia: autoría y participación, Ed. Dykinson S.L., Madrid. 2007.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: La autoría en Derecho penal. Ed. PPU, Barcelona. 1991.
  - “Autoría”, en LUZÓN PEÑA, Diego (dir.) *Enciclopedia Penal Básica*. Ed. Comares, Granada. 2002.

## BIBLIOGRAFÍA

- “La autoría en Derecho penal. Caracterización general y especial atención al Código Penal colombiano”, en *RDPCr.*, núm. 76, 2004.
- “Autoría y participación”, en *REJ*, núm. 10, 2008, p. 30.
- DOLZ LAGO, Manuel: *Las imprudencias punibles en la construcción*, Ed. Comares, Granada. 1996.
- DONNA, Edgardo: *La autoría y la participación criminal*, Ed. Comares, Granada. 2008, p. 78.
- ESCOBAR JIMÉNEZ, Rafael: “De la omisión del deber de socorro”, en SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio (coord.), *Código Penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*, Ed. Comares, Granada. 1998.
- ESQUINAS VALVERDE, Patricia: *El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios. El artículo 196 del Código Penal*, Ed. Comares, Granada. 2006.
- FARALDO CABANA, Patricia: “Omisión del deber de socorro. Especial referencia a la negativa al tratamiento médico”, en *Lecciones de Derecho Sanitario*, 1999, pp. 519-554.
  - “La omisión del profesional sanitario: Los delitos de omisión del deber de socorro y denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios”, en BRANDARIZ GARCÍA, José y FARALDO CABANA, Patricia (coord.), *Responsabilidad penal del Personal Sanitaria*, Ed. netbiblo, Coruña. 2000.
  - “El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios”, en *Revista del PJ*, núm. 55, 1999, pp. 49-71.

- FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo: Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del «fin de protección de la norma de cuidado» Ed. J.M. Bosch, Barcelona. 2001.
  - Homicidio y lesiones imprudentes: Requisitos y límites materiales, Ed. Edijus, Zaragoza. 1999.
  - “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal”, en *Revista electrónica Dialnet*, 1-2000.
- FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín: “Asistencia médica y omisión del deber de socorro”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 7, 1982-1983.
- FERNÁNDEZ HIERRO, José: Sistema de responsabilidad médica, 5.<sup>a</sup> edición, Ed. Comares, Granada. 2007.
- FLORES MENDOZA, Fátima: La objeción de conciencia en derecho penal, Ed. Comares, Granada. 2001.
- FRISCH, Wolfgang: Comportamiento típico e imputación del resultado, trad. de la edición alemana por CUELLO CONTRERAS, Joaquín y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2004.
  - “Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo”, en MIR PUIG, Santiago y LUZÓN PEÑA, Diego (coord.): *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Ed. JM Bosch, Barcelona.1996.

## BIBLIOGRAFÍA

- GALÁN CÁCERES, Juan: Medicina y responsabilidad legal. Medicina y derecho, dos mundos en convergencia, 1.<sup>a</sup> edición, Ed. el autor, Badajoz. 2014.
- GARCÍA ALBERO, Ramón: “Artículo 196”, en QUINTERO OLIVAREZ, Gonzalo (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Código Penal*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona. 2016.
- GARCÍA BLÁZQUEZ, Manuel y CASTILLO CALVÍN, José: Manual práctico de responsabilidad de la profesión médica. (Aspectos jurídicos y médico-forenses), 3.<sup>a</sup> edición, Ed. Comares, Granada. 2011.
- GARCÍA DEL BLANCO, Victoria: La coautoría en Derecho penal, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2006.
- GARCÍA DEL BLANCO, Victoria y RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, María.: “El caso Alakrana: Un ejemplo extremo de la inadmisiblesobrevaloración del mutuo acuerdo en la coautoría”, en *RDPCr.*, núm. 7, 2012, 263-296.
- GARCÍA HERNÁNDEZ, Tomás: Elementos de Derecho Sanitario en la responsabilidad civil y penal de los médicos por la mala praxis, Ed. Edisofer, Madrid. 2002.
- GARCÍA HERNÁNDEZ, Tomás, MARTÍNEZ LEÓN, Camino, MARTÍNEZ LEÓN María de las Mercedes y MARTÍNEZ BAZA, María: “Presupuestos jurídicos del acto médico”, en *Revista La Ley*, núm. 5, 1998.
- GARCÍA RIVAS, Nicolás: «La imprudencia “profesional”: Una especie a extinguir», en *Revista de Derecho Social*, núm. 6, 1999.

- GARCÍA SANZ, Judit: “Responsabilidad penal por denegación de asistencia sanitaria”, en *Actualidad Penal*, núm. 30, 23 al 29 de julio de 2001.
  - “Responsabilidad penal por denegación de asistencia sanitaria a extranjeros”, en *Anales de la Facultad de Derecho*, núm. 18, 1, 2001.
  
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: Estudios sobre el delito de omisión, Ed. B de F, Montevideo–Buenos Aires. 2013.
  - Autor y cómplice en Derecho penal, Ed. Universidad de Madrid. Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones e Intercambio, Madrid.1966.
  
- GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, Fernando: La responsabilidad en el uso de vehículos a motor, Ed. Forum, 3.ª edición, Oviedo. 1992.
  
- GÓMEZ PAVÓN, Pilar: Tratamientos médicos: Su responsabilidad penal y civil, 3.ª edición, Ed. Bosch, Madrid. 2013.
  - “La responsabilidad del médico por omisión”, en *PJ*, núm. 40, 1995, pp. 287-305.
  
- GÓMEZ RIVERO, María del Carmen: La responsabilidad Penal del Médico, 2.ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2008.
  - La inducción a cometer el delito, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 1995.
  
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel: Responsabilidad penal de los profesionales sanitarios: Artículo 196 del Código penal, Ed.

## BIBLIOGRAFÍA

Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, D.L., Valladolid. 1999.

- GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando: Intervención delictiva e imprudencia, Ed. Comares, Granada. 2004.
- GUANES NICOLI, Manuel: El delito de conducción temeraria. Análisis de la situación jurisprudencial, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid. 2012.
- GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María: La responsabilidad penal del coautor, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2001.
- GRACIA GUILLÉN, Diego: “Jurisprudencia y *lex artis*”, en MARTÍNEZ MARTÍN, Diego (coord.), *Responsabilidad del personal sanitario (actas del seminario conjunto sobre la responsabilidad del personal sanitario celebrado en Madrid los días 14, 15 y 16 de noviembre de 1994)*, Ed. Consejo General del Poder Judicial y Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid. 1994.
- HAVA GARCÍA, Esther: La imprudencia médica, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2001.
  - La imprudencia inconsciente, Ed. Comares, Granada. 2002, p.146.
- HEFENDEHL, Roland: “El bien jurídico: imperfecto, pero sin alternativa”, en GARCÍA VALDÉS, Carlos y *et. al.* (coord.), *Estudios Penales en Homenaje a ENRIQUE GIMBERNAT*, t. I, Ed. Edisofer, Madrid. 2008.
- HERNÁNDEZ PLASENCIA, José: La autoría mediata en Derecho Penal, Ed. Comares, Granada. 1996.

- HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto, FERNÁNDEZ COLLADO, Carlos y BATISTA LUCIO, Pilar: Metodología de la investigación, 5.<sup>a</sup> edición, Ed. McGraw-Hill, México. 2010.
- HIGUERA GUIMERA, Juan: La exigencia de miedo insuperable en el Derecho Penal Común Militar Español, Ed. Bosch, Barcelona. 1991.
- HORTAL IBARRA, Juan: Protección penal de la seguridad en el trabajo, Ed. Atelier, Barcelona. 2005.
- HUERTA TOCILDO, Susana: Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 1997.
  - Problemas fundamentales de los delitos de omisión, Ed. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid. 1987.
- JAKOBS, Günther: Derecho Penal. *PG*, trad. CUELLO CONTRERAS, Joaquín y GONZÁLEZ DE MURILLO, José, 2.<sup>a</sup> edición, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid. 1995.
  - La imputación objetiva en Derecho penal: estudio preliminar de SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos y CANCIO MELIA, Manuel., trad. CANCIO MELIA, Manuel, Ed. Civitas, Madrid. 1996.
  - “El delito imprudente (1974)”, en JAKOBS, Günther: *Estudios de Derecho Penal*, trad. y Estudio Preliminar por PEÑARANDA RAMOS, Enrique, SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, CANCIO MELIÁ, Manuel, Ed. Civitas, Madrid. 1997.
  - La imputación penal de la acción y de la omisión, trad. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, Ed. Universidad Externado de Colombia-Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá. 1996.

## BIBLIOGRAFÍA

- JARAMILLO JARAMILLO, Carlos: La culpa y la carga de la prueba en el campo de la responsabilidad médica, Ed. Olejnik, Santiago-Chile, 2019.
- JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas: Tratado de Derecho Penal. PG, trad. OLMEDO CARDENETE, Miguel, 5.<sup>a</sup> edición, Ed. Comares, Granada. 2002.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: Tratado de Derecho Penal, Ed. Losada, 3.<sup>a</sup> edición, tomo IV, Buenos Aires. 1976.
  - Tratado de Derecho Penal, Ed. Losada, 5.<sup>a</sup> edición, t. V, Buenos Aires, 1976.
- JORGE BARREIRO, Agustín: La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Ed. Tecnos, Madrid. 1990.
  - “Nuevos aspectos de la imprudencia jurídico-penal en la actividad médica: La culpa en el equipo médico-quirúrgico”, en MARTÍNEZ MARTÍN, Diego (coord.), *Responsabilidad del personal sanitario (actas del seminario conjunto sobre la responsabilidad del personal sanitario celebrado en Madrid los días 14, 15 y 16 de noviembre de 1994)*, Ed. Consejo General del Poder Judicial y Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid. 1994.
- LANDECHO VELASCO, Carlos y MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción: Derecho Penal Español. PG, 7.<sup>a</sup> edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2004.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo y PÉREZ DEL VALLE, Carlos, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (dir.), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, t. II, Ed. Trivium, Madrid. 1997.
- LÓPEZ BOLADO, Jorge: Los médicos y el Código penal, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1987.

- LÓPEZ GARRIDO, Diego y GARCÍA ARÁN, Mercedes: El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador, Ed. Closas Orcoyen, Madrid. 1996.
- LÓPEZ TIMONEDA, Francisco: “Jurisprudencia y *lex artis*”, en MARTÍNEZ MARTÍN, Diego (coord.), *Responsabilidad del personal sanitario (actas del seminario conjunto sobre la responsabilidad del personal sanitario celebrado en Madrid los días 14, 15 y 16 de noviembre de 1994)*, Ed. Consejo General del Poder Judicial y Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid. 1994.
- LÜTTGER, Hans: Medicina y Derecho Penal, trad. BACIGALUPO, E., Ed. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid. 1984.
- LUZÓN PEÑA, Diego y DÍAZ GARCÍA Y CONLLEDO, Miguel: “Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría”, en *AFDUA*, III-2000, 53-88.
- LUZÓN PEÑA, Diego: Lecciones de Derecho penal. *PG*, 3.<sup>a</sup> edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2016.
  - “La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado”, en *ADPCP*, t. 42, 1989.
  - “Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin casualidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) y autoría o participación”, en *RFICP*, núm. 6, julio, 2017.

## BIBLIOGRAFÍA

- MAGRO SERVET, Vicente: Guía práctica de responsabilidad sanitaria, Ed. La Ley, 1.<sup>a</sup> edición, Madrid. 2007.
- MARAVER GÓMEZ, Mario: El principio de confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva, Ed. Civitas, Pamplona. 2009.
- MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis: “Sistemas de protección a la salud”, en MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis y DE LORENZO Y MONTERO, Ricardo, *Derecho médico. Tratado de Derecho Sanitario*, t. I, Ed. Colex, Madrid. 2001.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita: La imputación objetiva del resultado, Ed. EDERSA, Madrid. 1992.
- MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José: La imprudencia punible en la profesión sanitaria según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Ed. Colex, Madrid 1985.
  - “La omisión de socorro del profesional sanitario”, en *Actualidad Penal*, núm. 41, septiembre, 1997.
- MARZAL FELICI, Vicente: (1990) *Riesgo quirúrgico y técnicas de gestión Administrativa. Ejemplo de aplicación ofimática* (Tesis Doctoral), t. I, Universidad Complutense de Madrid [Biblioteca de Tesis Doctorales y Publicaciones Académicas de la UCM].
- MAURACH, Reinhart, GÖSSEL, Karl y ZIPF, Heinz: Derecho Penal. *PG*, 2, trad. de la 7.<sup>a</sup> edición alemana por BOFILL GENZSCH, Jorge, Ed. Astrea, Buenos Aires. 1995.
- MAURACH, Reinhart: Tratado de Derecho Penal, t. II, traducción y notas de CÓRDOBA RODA, Juan, Ed. Ariel, Barcelona. 1962.

- MIR PUIG, Santiago: Derecho penal. *PG*, 10.<sup>a</sup> edición, Ed. Reppertor, Barcelona. 2015.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando: “Omisión del deber de socorro y omisión de asistencia sanitaria”, en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (dir.) *Compendio de Derecho penal. PE*, t. II, Madrid. 1998.
- MORENO-TORRES HERRERA, María: El delito de desatención sanitaria, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2013.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: Teoría general del delito, Ed. Tirant lo Blanch, 4.<sup>a</sup> edición, Valencia. 2007.
  - “Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica?”, en *Revista InDret*, núm. 9, 2002.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: Derecho Penal. *PG*, Ed. Tirant lo Blanch, 9.<sup>a</sup> edición, Valencia. 2015.
- NOVOA MONREAL, Eduardo: Fundamentos de los delitos de omisión, Ed. Depalma, Buenos Aires-Argentina, 1984.
- NUÑEZ BARBERO, Ruperto: “La estructuración jurídica del delito culposo, problema actual de la dogmática”, en *ADPCP*, t. 27, año 1974.
- OLMEDO CARDENETE, Miguel: La inducción como forma de participación accesorio, Ed. Edersa, Madrid. 1999.
- OLLÉ SESÉ, Manuel: “Consumación, desistimiento y regulación en el delito de defraudación a la Seguridad Social”, en *La ley penal: revista*

## BIBLIOGRAFÍA

*de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 144, 2020 (Ejemplar dedicado a: Delitos en tiempos de emergencia sanitaria).

- PAREDES CASTAÑÓN, Juan: “Límites de la responsabilidad penal individual en supuestos de comercialización de productos defectuosos: algunas observaciones acerca del «caso de la colza»”, en *PJ*, núm. 33, 1994.
- PASTOR MUÑOZ, Nuria: Riesgo permitido y principio de legalidad, La remisión a los estándares sociales de conducta en la construcción de la norma jurídico-penal, Ed. Atelier, Barcelona. 2019.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique: La participación en el delito y el principio de accesoriedad, Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires. 1990.
- PÉREZ ALONSO, Esteban: La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal, Ed. Comares, Granada. 1998.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes: Autoría y participación imprudente en el Código penal de 1995, Ed. Civitas, Madrid. 1999.
- PERIN, Andrea: “La definición de la culpa (imprudencia) penal médica ante el fenómeno de la medicina defensiva. Bases desde una perspectiva comparada”, en *Política Criminal: Revista de Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, núm. 26, 2018.
- PIÑA ROCHEFORT, Juan: Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del Derecho penal, Ed. Bosch, Barcelona, 2005.
- POLO DÍEZ, Antonio: (1929) *Aspecto penal del tratamiento médico-quirúrgico “arbitrario”*. (Memoria doctoral) Universidad Complutense de

Madrid, [Biblioteca de Tesis Doctorales y Publicaciones Académicas de la UCM].

- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo: “La omisión del deber de socorro”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y MORALES PRATS, Fermín (coord.), *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2001.
  - “De la omisión del deber de socorro”, en COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.), *Curso de Derecho Penal Español. PE*, t.I, Ed. Marcial Pons, Madrid. 1996.
- PUPPE, Ingeborg: “División del trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica” en *Revista InDret*, Octubre\_2006, Barcelona.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan: Derecho penal español. *PE*, 3ª edición, Ed. Bosch, Barcelona. 1996.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio: Derecho penal de la culpa, Ed. Bosch, Barcelona. 1958.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y MORALES PRATS, Fermín (col.): Parte General del Derecho Penal, 4.ª edición, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra. 2010.
  - Parte General del Derecho Penal, 5.ª edición, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra. 2015.
- Real academia Española. (2014) Diccionario de la lengua española, (23.ª edición), Ed. Espasa, Barcelona. 2014.

## BIBLIOGRAFÍA

- REQUEJO NAVEROS, María: El delito de revelación de secreto médico y la protección penal de la información genética, Ed. Colex, Madrid. 2006.
- REY HUIDOBRO, Luis: “La imprudencia médica en el ámbito del Derecho penal”, en GONZÁLEZ RUS, Juan (coord.), homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Baquero, *Estudios Penales y Jurídicos*, Ed. Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba, Córdoba. 1996.
- REYES ALVARADO, Yesid: Imputación objetiva, Ed. Temis, Santa Fé de Bogotá-Colombia. 1994.
- ROBLES PLANAS, Ricardo: “Participación en el delito e imprudencia”, en *RDPCr.*, núm. 6, 2000.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José y SERRANO GÓMEZ, Alfonso: Derecho penal español. Parte general, Ed. Dykinson, 18.<sup>a</sup> edición, Madrid. 1995.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo: Derecho Penal. *PG.*, Ed. Civitas, Madrid. 1977.
  - “De la omisión del deber de socorro”, en RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (dir.) y JORGE BARREIRO, Agustín (coord.), *Comentarios al Código penal*, Ed. Civitas, Madrid. 1997.
- RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Virgilio: Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2012.
- ROMEO CASABONA, Carlos: El Médico y el Derecho Penal, Ed. Bosch, t. I, Barcelona. 1981.
  - El médico ante el derecho, Ed. Ministerio de Sanidad y Consumo, 3.<sup>a</sup> reimpresión, Madrid. 1990.

- “El tipo del delito de acción imprudente”, en SOLA RECHE, Esteban y BOLDOVA PASAMAR, Miguel (coord.), *Derecho Penal. PG.*, 2.ª edición, Ed. Comares, Granada. 2016.
- Responsabilidad médico-sanitaria y sida, en *Anales de la Facultad de Derecho (Universidad de La Laguna)*, núm. 12, 1992, pp. 223-262.
- ROSO CAÑADILLAS, Raquel: Autoría y participación imprudente, Ed. Comares, Granada, 2002.
- ROXIN, Claus: Derecho Penal. *PG*, t. I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito, trad. de la 2.ª edición alemana y notas por LUZÓN PEÑA, Diego, GARCÍA CONLLEDO, Miguel Díaz y DE VICENTE REMESAL, Javier, Ed. Civitas, Madrid. 1997.
  - Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, trad. de la 7.ª edición alemana por CUELLO CONTRERAS, Joaquín y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José, Ed. Marcial Pons, Madrid. 2000.
- RUÍZ ANTÓN, Luis.: El agente provocador en el Derecho penal, Ed. Edersa, Madrid. 1982.
- SÁNCHEZ CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS, Olga: “La responsabilidad profesional de los prestadores del servicio médico”, en *Marco jurídico para la solución de controversias en la legislación mexicana*, MedUniver, 2001, 3 (11), pp. 97-105.
- SÁNCHEZ FIERRO Juan, et. al.: Regulación del Sistema Sanitario. Código Sanitario. Recopilación Legislativa del Derecho Sanitario Español, Ed. Ergon, Madrid. 2004.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier: “Blanqueo de capitales y abogacía”, en *Revista InDret*, Enero\_2008, Barcelona.

## BIBLIOGRAFÍA

- El denominado “delito de propia mano”, Ed. Dykinson S.L., Madrid. 2004.
- “Sobre la figura de la autoría mediata y su tan sólo fenomenológica «trascendencia»”, en *ADPCP*, 1998.
- “El delito de infracción del deber”, en ROBLES PLANAS, Ricardo (dir.), *La responsabilidad en los «delitos especiales»*, Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires. 2014.
- SARDINERO GARCÍA, Carlos: Responsabilidad administrativa, civil y penal por falta de infracción en el ámbito clínico, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2006.
- SCHÜNEMANN, Bernd: “Problemas dogmáticos del concepto jurídico indeterminado «Reglas de la técnica»”, en *ADP*, núm. 47, 1994.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús: Medicinas alternativas e imprudencia médica, Ed. Bosch, Barcelona. 1999.
  - El delito de omisión: concepto y sistema, Ed. Bosch, Barcelona. 1986.
  - “Comentarios al artículo 12 del Código Penal”, en COBO DEL ROSAL, MANUEL (dir.) *Comentarios al Código Penal*, t. I, Ed. Edersa, Madrid. 1999.
  - “La responsabilidad penal por contagio hospitalario”, en *Revista de Derecho y Salud*, vol. 8, núm. 1, 2000.
  - “La responsabilidad penal del médico por omisión”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 1987, pp. 955-966.

- “Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión. Las estructuras de los arts. 195.3 y 196 del Código penal”, en *Manuales de Formación Continuada*, núm. 4, 1999, pp. 153-172.
- SILVA SÁNCHEZ, Juan, GUANES NICOLI, Manuel y BALBUENA PÉREZ, David: Responsabilidad penal por mala praxis médica, Ed. Marben, Asunción- Paraguay. 2016.
- SILVELA, Luis: El Derecho Penal. Estudiado en principio y en la legislación vigente en España, 2.ª parte, Ed. Imprenta de M.G. Hernández, Madrid. 1879.
- SOTO NIETO, Francisco: “Coautoría en los delitos de imprudencia médica”, en *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía La Ley*, núm. 7, 2002.
- “¿La omisión del deber de socorro sanitario puede asegurarse?”, en *IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario*, 1997.
- STRATENWERTH, Günter: Derecho Penal. PG I. El hecho punible, trad. CANCIO MELIA, Manuel y SANCINETTI, MARCELO A., Ed. Thomson-Civitas, Madrid. 2005.
- TAMARIT SUMALLA, Josep: “De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.) y MORALES PRATS, Fermín (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 10.ª edición, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra. 2016.
- TERRAGNI, Marco: El delito culposo, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe- Argentina, 1984.

## BIBLIOGRAFÍA

- (2006) *La imputación en el delito imprudente* (Tesis Doctoral) Universidad Complutense de Madrid [Biblioteca de Tesis Doctorales y Publicaciones Académicas de la UCM].
- TOLEDO y UBIETO, Emilio y HUERTA TOCILDO, Susana: Derecho penal. *PG*, 2.<sup>a</sup> edición, Ed. Rafael Castellanos, Madrid. 1986.
- TORIO LÓPEZ, Ángel: “El conocimiento de la antijuridicidad en el delito culposo”, en *ADPCP*, t. XXXIII, año 1980.
  - “Límites políticos criminales del delito de comisión por omisión”, en *ADPCP*, t. 37, marzo, 1984, pp. 693-708.
  - “El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos”, en *ADPCP*, t. 27, enero, 1974, pp. 25-60.
- VARONA GÓMEZ, Daniel: *El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia*, Ed. Comares, Granada. 2000.
- VÁZQUEZ LÓPEZ, José: “El delito de omisión del deber de socorro cometido por un profesional sanitario. Análisis de una reciente sentencia (T.S. 22/10/2015, Sala Segunda). (El caso del médico de urgencias que llamó al 112)”, en *Cuadernos de Medicina Forense*, vol. 21, núm. 3-4, 2015, pp. 185-189.
- VENTAS SASTRE, Rosa: “Imprudencia médica y Derecho penal”, en *CPC*, núm. 87, 2005.
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina: *Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales*, Ed. Aranzadi, Navarra. 2003.

- VIVES ANTÓN, Tomás: “La imprudencia punible en la Reforma de 1989”, en *Revista de Derecho Público*, Comentarios a la Legislación Penal, vol. 2, t. XIV, 1992.
- WELZEL, Hans: Derecho Penal Alemán, 4.<sup>a</sup> edición en español, traducción del alemán por BUSTOS RAMÍREZ, Juan y YÁNEZ PÉREZ, Sergio, Ed. Jurídica de Chile, Chile. 2002.
  - El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista. Traducción castellana y notas por CEREZO MIR, José, Ed. Ariel S. A, Barcelona. 1964.
- ZAFFARONI, Eugenio,[prólogo] en GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: Estudios sobre el delito de omisión, Ed. B de F, 2<sup>a</sup> edición, Montevideo-Buenos Aires. 2013.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José: “Algunas observaciones sobre los principios que inspiran la jurisprudencia española en materia de delitos de tráfico”, en *RDCir*, 1981, 341-351.

## NORMATIVA DE REFERENCIA

### Normativa nacional

- Código Penal y Ley Penal del Menor, ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco y *et. al.*, 28.<sup>a</sup> edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2019.
- Código Penal con Jurisprudencia Sistematizada, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo (dir.), 6.<sup>a</sup> edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2016.
- Código de Deontología Médica. Guía de ética Médica, aprobado el 9 de julio de 2011, por el Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos.
- Constitución Española de 1978.
- Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, conforme la Ley 44/1971. BOE núm. 297 de 12 de diciembre de 1973.
- Ley Orgánica 44/2003 de 21 de noviembre, sobre Profesiones Sanitarias. BOE núm. 280 de 22 de noviembre de 2003.
- Ley 37/1962, de hospitales. BOE núm. 102 de 29 de abril de 1986.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. BOE de 17 de enero de 1996.
- Real Decreto 521/1987 de 15 de abril, que aprueba el Reglamento sobre estructura, organización y funcionamiento de los hospitales. BOE núm. 91 de 16 de abril de 1987.

- Real Decreto 183/2008 de 8 de febrero, por el que se determinan y calcifican las especialidades en Ciencias de la Salud y se desarrollan determinados aspectos del sistema de formación sanitaria especializada. BOE núm. 45 de 21 de febrero de 2008.
- Real Decreto 137/1984 de 11 de enero, sobre Estructuras Básicas de Salud. BOE de 01 de febrero de 1984.
- Ley 14/1986 de 25 de abril, General de Sanidad. BOE núm. 102 de 29 de abril de 1986.
- Ley 30/79 de 27 de octubre, sobre Extracción y Trasplante de Órganos.
- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. BOE, 27 de mayo de 2006, núm. 126, pp. 19947 a 19956.
- Ley 14/2007, de 3 de julio, sobre Investigación biomédica. BOE, de 4 de julio de 2007, núm. 159, pp. 28826 a 28848.
- Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre, por el que se regulan las actividades relativas a la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos. BOE, de 11 de noviembre de 2006, núm. 270.
- Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, BOE., de 17 de diciembre de 2003, núm. 301.

### **Normativa internacional**

- La Declaración sobre la Independencia y la Libertad Profesional del Médico, adoptada por la 38.<sup>a</sup> Asamblea Médica Mundial, Rancho Mirage, California, Estados Unidos, en octubre 1986.

## JURISPRUDENCIA UTILIZADA POR TEMAS

- STS de 22 de octubre de 2015 (referencia al valor social para adecuar una conducta).
- STS de 22 de diciembre de 2010 (referencia al contenido del acuerdo en consideración a la coautoría).
- STS de 28 de enero de 2008 (denegación de deber de socorro por no abandonar centro médico a prestar ayuda a víctima).
- STS de 4 de marzo de 2005 (presupuestos para graduar la imprudencia).
- STS Sala Civil de 6 de mayo de 2005 (informes técnicos como apoyo para el juzgador).
- STC de 2 de noviembre de 2004 (bien jurídico del delito de omisión del deber de socorro).
- STS de 11 noviembre de 2004 (acreditación del dolo en la omisión del deber de socorro).
- STS de 30 de junio de 2004 (criterio para medir la intensidad de la imprudencia. Estar al caso concreto).
- STS de 13 de noviembre de 2003 (fundamentación del principio de confianza).
- STS de 4 de julio de 2003 (criterio para distinguir gravedad de imprudencia y análisis sobre causalidad del resultado).
- STS de 19 de julio de 2002 (referencia a la *lex artis*).

#### DELIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICO-SANITARIA

- STS de 23 de octubre de 2001 (Coautoría entre ginecólogo y anestesista).
- STS 29 de noviembre de 2001 (definición de profesional-siendo un *plus* de antijuridicidad).
- STS de 22 de diciembre de 2001 (el valor social del riesgo para calificar la gravedad de la imprudencia).
- STS de 5 de septiembre de 2001 (tolerancia y aceptación de los riesgos en la sociedad).
- STS 27 de febrero de 2001 (se determina la conducta imprudente en base a una infracción administrativa).
- STS de 26 de febrero de 2001 (reglas deontológicas como parte de la *lex artis*).
- STS de 8 de mayo de 2001 (infracción del deber de cuidado como criterio diferenciador de la gravedad de la imprudencia).
- STS de 22 de enero de 1999 (error de diagnóstico agrava la imprudencia).
- STS de 25 de mayo de 1999 (error de diagnóstico agrava la imprudencia).
- STS de 18 de noviembre de 1998 (referencia a la *lex artis*).
- STS de 1 de abril de 1998 (referencia a informes periciales).
- STS de 27 de junio de 1997 (caso de transfusión de sangre –testigos de Jehová).

- STS de 3 de octubre de 1997 (referencia a informes periciales como apoyo para el fallo).
- STS Sala Civil de 2 de octubre de 1997 (conceptualización de la *lex artis ad-hoc*).
- STC de 16 de diciembre de 1996 (derecho a la integridad corporal).
- STS de 16 de febrero de 1996 (denegación de auxilio, art. 371 del CP 1944/1973, obligación de requerimiento de auxilio).
- STS de 21 de julio de 1995 (acentúa el comportamiento por la cualificación de profesional).
- STS de 5 de abril de 1995 (fundamentación del principio de confianza).
- STS de 28 de noviembre de 1994 (responsabilidad por no acatar disposición de superior / conductor de ambulancia).
- STS de 8 de junio de 1994(imprudencia temeraria por error de diagnóstico).
- STS Sala Civil de 25 de abril de 1994 (contenido de la *lex artis ad-hoc*).
- STS de 7 de julio de 1993 (imprudencia de anestesista por abandono de sala operatoria).
- STS de 13 de noviembre de 1992 (correcta actuación de médico pese a las circunstancias y los recursos con los que contaba).
- STS de 13 de noviembre de 1992 (conducta negligente de electricista en el ámbito sanitario).

#### DELIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICO-SANITARIA

- STS de 14 de diciembre de 1992 (referencia a la *lex artis*).
- STS de 22 de febrero de 1992 (referencia a la solidaridad humana respecto al deber de socorro).
- STS de 4 de septiembre de 1991 (extensión de deberes de control en principio de confianza en la modalidad horizontal de trabajo).
- STS de 18 de noviembre de 1991 (caso de transmisión del VIH en hospital).
- STS de 6 de febrero de 1991 (referencia al valor social para adecuar una conducta).
- STS de 4 de septiembre de 1991 (referencia al valor social para adecuar una conducta).
- STS de 28 de diciembre de 1990 (MIR interviene en operación sin avisar a Jefe de Servicio).
- STS de 14 de septiembre de 1990 (supuesto de autoría unipersonal).
- STS de 26 de febrero de 1990 (referencia al valor social para calibrar una conducta).
- STS de 1 de diciembre de 1989 (imprudencia de anestesista por abandono de sala operatoria).
- STS de 24 de noviembre de 1989 (referencia al valor social para adecuar una conducta; además, el reconocimiento de la medicina como una actividad de riesgo jurídicamente tolerado).
- STS de 5 de mayo de 1989 (error de diagnóstico).

- STS de 8 de junio de 1989 (MIR falta de precaución).
- STS de 2 de octubre de 1989 (mayor grado de responsabilidad y de exigencia por su calidad de profesionales de la medicina).
- STS de 22 de abril de 1988 (referencia a informes periciales).
- STS de 23 de marzo de 1988 (referencia al deber de socorro como deber jurídico de solidaridad).
- STS de 27 de mayo de 1988 (referencia a *lex artis ad-hoc*).
- STS de 13 de marzo de 1987 (referencia al deber de socorro como mínimo sentido de solidaridad humana).
- STS de 27 de diciembre de 1986 (referencia al deber de socorro como elemental solidaridad humana).
- STS de 15 de enero de 1986 (MIR prescribe medicamento erróneamente por falta de información).
- STS de 26 de junio de 1986 (juzgador se apoyará en informes periciales).
- STS de 9 de abril de 1985 (referencia al deber de socorro como altruismo comunitario).
- STS de 25 de enero de 1984 (referencia al deber de socorro como deber de solidaridad).
- STS de 24 de noviembre de 1984 (vulneración de la *lex artis*).
- STS de 19 de diciembre de 1983 (*lex artis* en el ejercicio profesional).

- STS de 11 de junio de 1982 (fundamentación el principio de confianza y la división de trabajo).
- STS de 30 de enero de 1982 (normas deontológicas como parte de la *lex artis*).
- STS de 31 de mayo de 1982 (referencia a las relaciones sociales a falta del elemento normativo equivalente a la infracción del deber de cuidado).
- STS de 11 de junio de 1982 (apreciación de imprudencia grave).
- STS de 17 de julio de 1982 (error de diagnóstico, degradación de la gravedad de imprudencia).
- STS de 19 de diciembre de 1981 (omisión del deber de socorro).
- STS de 5 de febrero de 1981 (error inexcusable).
- STS de 30 de marzo de 1981 (condena a una farmacéutica).
- STS de 8 de junio de 1981 (fundamentación del principio de confianza).
- STS de 13 de octubre de 1981 (referencia al valor social para calibrar una conducta y valor supremo de la vida humana).
- STS de 25 de noviembre de 1980 (falta de cuidado. Error de diagnóstico).
- STS de 26 de junio de 1980 (referencia a informes periciales).
- STS de 1 de julio de 1980 (norma de la común experiencia observada y guardada).

- STS de 23 de febrero de 1979 (error de diagnóstico inexcusable).
- STS de 10 de octubre de 1979 (fundamentación del principio de confianza).
- STSJ de Cataluña de 5 de julio de 2017 (fallo haciendo referencia a estándar social).
- STSJ de Andalucía de 10 de marzo de 2000 (omisión de socorro).
- SAP de León de 16 de enero de 2012 (prohibición de regreso en división vertical de trabajo).
- SAP de León de 9 de enero del 2002 (descripción general de la *lex artis*).
- SAP de Oviedo de 22 de octubre de 2001 (referencia al deber de socorro con la confianza que cada ciudadano debe albergar de que hallándose en una situación de desamparo y peligro manifiesto y grave, cuente con el auxilio de sus semejantes).
- SAP de Salamanca de 23 de febrero de 2001 (*lex artis ad-hoc*, protocolización de procedimientos).
- AAP de Madrid de 30 de diciembre de 2005 (informes periciales como apoyo para el juzgador).
- AAP de Badajoz de 18 de mayo de 2004 (ponderación de bienes jurídicos: vida e integridad física).
- SJP de Arrecife de 9 de julio de 2013 (prohibición de regreso en división vertical de trabajo).